Die Entwicklung der Fahrnisverfolgung im französischen Recht

❖

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Albert-Ludwigs-Universität

zu Freiburg i. Br.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Gerichtsassessor

WALTHER MERK

aus Meersburg am Bodensee

J. BENSHEIMER / 1914

Mannheim, Berlin, Leipzig

Berichterstatter:

Herr Professor Dr. Alfred Schultze.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung und Ueberblick 1

1. Abschnitt.

Die Beschränkung der Fahrnisverfolgung im alten koutumiären Recht (10.—14. Jhd.).

§ 2. 1. Der Grundsatz: Fahrhabe hat kein Geleit 3
§ 3. 2. Die Fahrnisklage im Falle der Entwerung 11
§ 4. 3. Die Verteidigung des Beklagten im Anefangsverfahren 25
§ 5. 4. Der Grund der Beschränkung der Fahrnisverfolgung 40

2. Abschnitt.

Der Siegeszug der römischen unbeschränkten Fahrnisverfolgung und die Zeit des Mischrechts.

§ 6. 1. Das Vordringen des römischen Rechts 48
§ 7. 2. Die unbeschränkte Fahrnisverfolgung 52
§ 8. 3. Die Fahrnisklage des Mischrechts 59
§ 9. 4. Die Durchbrechungen des Grundsatzes der unbeschränkten Fahrnisverfolgung 69

3. Abschnitt.

§ 10. Die beschränkte Fahrnisverfolgung in der französischen Rechtslehre und Rechtsprechung des 18. Jahrhunderts 78

4. Abschnitt.

Die Fahrnisverfolgung im französischen bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 11. 1. Das Zwischenrecht und die Vorarbeiten zum Code Napoleon 91
§ 12. 2. Sinn und Tragweite des Satzes: En fait de meubles la possession vaut titre (C. c. Art. 2279 Abs. 1) 93
§ 13. 3. Die Voraussetzungen des Art. 2279 Abs. 1 C. c. im besonderen 101
§ 14. 4. Die Fahrnisklage des Art. 2279 Abs. 2 C. c. . . 106

Verzeichnis der abgekürzt angeführten Werke.

Assises de Jérusalem, herausgegeben von Beugnot. Bd. 1. Assises de la haute cour. Paris 1841 (= H. C.). Bd. 2. Assises de la cour des bourgeois. Paris 1843 (= C. d. B.).

B. d. R. = Bourdot de Richebourg, Nouveau coutumier général ou corps des coutumes générales et particulières de France. Paris 1724.

Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil. 3. Bd. 2. Aufl. Paris 1886.

Beaumanoir, Les coutumes du Beauvoisis. Ausgaben von Beugnot (Paris 1842) und von Salmon (Paris 1899, 1900).*)

van Bemmelen, Le système de la propriété mobilière. Paris-Leyden 1887.

Bourjon, Le droit commun de la France et la coutume de Paris. 2. Aufl. Paris 1775.

Bouteiller, La somme rural ou le grand coustumier general de practique civil et canon, herausgegeben von Charondas le Caron. Lyon 1621.

Brillon, Dictionnaire des arrests ou jurisprudence universelle des parlemens de France. Paris 1711.

Brissaud, Cours d'histoire générale du droit français public et privé. Paris 1904.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. Bd. 1. 2. Aufl. Leipzig 1906. Bd. 2. Leipzig 1892.

Les Etablissements de Saint Louis, herausgeg. von P. Viollet. Paris 1881—1886.

Folleville, Traité de la possession des meubles et des titres au porteur. 2. Aufl. Paris 1875.

De Fontaines, Conseil à un ami, herausgegeben von Marnier. Paris 1846.

Franken, Das französische Pfandrecht im Mittelalter. Bd. 1. Berlin 1879.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2 Sachenrecht. Leipzig 1905.

Giraud, Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge. Paris und Leipzig 1846.

Glasson, Histoire du droit et des institutions de la France. Paris 1887 ff.

Le Grand Coutumier de France, herausgegeben von Laboulaye und Dareste. Paris 1868.

---

*) Die in den Anmerkungen angeführten Stellen aus Beaumanoir entsprechen dem Texte von Salmon.

Guyot, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale. Paris 1784 ff.

Houard, Traités sur les coutumes Anglo-Normandes. Paris 1776.

Imbert, Institutionum forensium Galliae libri quatuor, Utrecht 1649; Les Institutions forenses, 6. Aufl. Lyon 1596.

Imbert, Enchiridion iuris scripti moribus et consuetudine frequentiore Galliae usitati vel abrogati. Utrecht 1647.

Jobbé-Duval, Etude historique sur la revendication des meubles en droit français. Paris 1880.

Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters dargestellt. Königsberg 1869.

Laurent, Principes de droit civil. Bd. 6 (Brüssel u. Paris 1871), Bd. 32 (Brüssel u. Paris 1878).

Le Livre des Droiz et des Commandemens, herausgeg. von Beautemps-Beaupré. Paris 1865.

Li Livres de Jostice et de Plet, herausgeg. von Rapetti. Paris 1850.

London, Die Anefangsklage in ihrer ursprünglichen Bedeutung. Breslau 1886.

Masuer, Practica forensis, Frankfurt a. M. 1571; französische Ausgabe von A. Fontanon, 7. Aufl. Lyon 1609.

Herbert Meyer, Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht. Jena 1902.

Herbert Meyer, Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht. München 1909 (Fischers Abh. Bd. 18. H. 2).

NRH. = Nouvelle revue historique du droit français et étranger. Paris 1877 ff.

O. d. L. = Ordonnances du Louvre. Ordonnances des roys de France de la troisième race. Paris 1723 ff.

Planiol, Traité élémentaire de droit civil. 2. Aufl. Paris 1901.

Platenius, Grundriß des badischen Landrechts mit Ausschluß des Obligationenrechts. Freiburg und Leipzig 1896.

Poincaré, Du droit de suite dans la propriété mobilière. Paris 1883.

Puchelt, Zeitschrift für französisches Zivilrecht. 1869 ff.

RH. = Revue historique du droit français et étranger. Paris 1855 ff.

Renaud, Die französische Rechtsregel „en fait de meubles la possession vaut titre" aus ihrer germanischen Grundlage erläutert und der Einfluß derselben auf die Lehre von der Erwerbung des Eigentums an beweglichen Sachen. (Krit. Zeitschr. f. Rechtsw. u. Gesetzg. des Auslandes, herausgeg. von Mittermaier und R. v. Mohl. 17. Bd. 1845. S. 137 ff.).

Saleilles, De la possession des meubles. Paris 1907.

Alfred Schultze, Gerüfte und Marktkauf in Beziehung zur Fahrnisverfolgung (Festgabe für Felix Dahn, Breslau 1905. Bd. 1 S. 1 ff.).

Alfred Schultze, Publizität und Gewährschaft im deutschen Fahrnisrecht (Iherings Jahrbücher Bd. 49 S. 159 ff.).

Alfred Schultze, Die Bedeutung des Zuges auf den Gewähren im Anefangsverfahren (Festschrift für Otto Gierke. Weimar 1911. S. 759 ff.).

Sirey, Recueil général des lois et des arrêts.

Tardif, Coutumiers de Normandie. 1. Teil: Le très ancien coutumier de Normandie. Rouen 1881. 2. Teil: La Summa de legibus Normannie in curia laicali. Rouen und Paris 1896.

Terrien, Commentaires du droit civil tant public que privé observé au pays et duché de Normandie. Rouen 1654.

Valin, Nouveau commentaire sur la coutume de la Rochelle et du pays d'Aunis. La Rochelle 1756.

Viollet, Histoire du droit français. 3. Aufl. Paris 1905.

Warnkönig und Stein, Französische Staats- und Rechtsgeschichte. 1846 ff.

Wellspacher, Publizitätsgedanke und Fahrnisklagen im Usus modernus (Grünhuts Zeitschr. f. d. Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 31 S. 631 ff.).

Zachariä-Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. 8. Aufl. Freiburg 1894.

§ 1.

Einleitung und Ueberblick.

I. Auf dem Gebiete des Fahrnissachenrechts äußert sich der Widerstreit des römischen und des germanischen Rechts vornehmlich in dem Gegensatz von unbeschränkter und beschränkter Fahrnisverfolgung.

Nach römischem Recht kann der Eigentümer seine Fahrnis, gleichviel ob sie ihm gestohlen oder durch den Mieter, Verwahrer, Entleiher usw. an einen Dritten veräußert wurde, schlechthin in die dritte Hand verfolgen: *Ubi rem meam invenio, ibi vindico.* Auf den Erwerber einer Sache geht immer nur das Recht des Vormannes mit allen seinen Mängeln und Gebrechen über: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (l. 54 D. 50, 17). *Non debeo melioris condicionis esse quam auctor meus, a quo ius in me transit* (l. 175 D. 50, 17).

Das germanische Recht dagegen gewährt dem Herrn der Fahrnis nur, wenn die Sache ihm gestohlen wurde oder ihm verloren ging, nicht auch, wenn der Vertrauensmann sie veruntreute oder wenn sie dem Vertrauensmann gestohlen wurde, eine Fahrnisklage gegen den dritten Besitzer.[1])

II. Der Gegensatz von unbeschränkter und beschränkter Fahrnisverfolgung durchzieht auch die französische Rechtsgeschichte, verleiht ihr doch fast ein Jahrtausend lang der Kampf zwischen dem aus germanisch-fränkischer Wurzel entsprossenen Gewohn-

---

[1]) Gierke, DPR. 2 § 134; Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts 2 § 118; Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht 2 §§ 92, 93; Brunner 2 § 118; Herbert Meyer, Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht; Publizitätsprinzip; Huber, Die Gewere; Goldschmidt, Ueber den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigentümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung in der ZHR. 8 225 ff. und 9 1 ff.; Alfred Schultze, Publizität und Gewährschaft im deutschen Fahrnisrecht (IheringsJ. 49 159 ff.); Gerüfte und Marktkauf in Beziehung zur Fahrnisverfolgung (Festgabe für F. Dahn 1 1 ff.).

heitsrecht (droit coutumier) des Nordens und dem römischen geschriebenen Recht (droit écrit) des Südens das Hauptgepräge.[2]) Bis tief hinunter in die Länder des geschriebenen Rechts entfalten die germanischen Rechtsgedanken des Nordens in den ersten Jahrhunderten ihre Stoßkraft, wie zahlreiche Stadtrechte des Südens erweisen, hier wohl auch in etwas vorbereitet durch westgotisches Recht. Später, insbesondere im 14. Jahrhundert, erfolgt ein Gegenstoß des römischen Rechts nach dem Norden. Die beiden Gestaltungen ringen miteinander und es entstehen aus der gegenseitigen Durchdringung eigentümliche Zwischenbildungen und Mischformen. Vom 14. bis zum 18. Jahrhundert beherrscht die römische unbeschränkte Fahrnisverfolgung auch die Gebiete des Gewohnheitsrechts, bis im 18. Jahrhundert unter dem Einflusse des Naturrechts der Gedanke der Beschränkung der Fahrnisverfolgung wieder ständig an Boden gewinnt und durch Artikel 2279 des Code civil *(En fait de meubles la possession vaut titre)* seine Herrschaft über ganz Frankreich besiegelt.

III. Die vorliegende Arbeit stellt sich die Aufgabe, den Entwickelungsgang der Fahrnisverfolgung im französischen Recht in seinen typischen Zügen zu schildern und dadurch gleichzeitig die Wurzeln des Satzes *„En fait de meubles la possession vaut titre“* aufzudecken.[3]) Sie beschränkt sich auf die Darstellung des eigentlichen französischen Rechts, wenn sie auch den Zusammenhang mit dem fränkischen Recht und anderen Zweigen des germanischen Rechts niemals aus den Augen verliert. Nur so wird es möglich sein, den überreichen Stoff anschaulich und übersichtlich vorzuführen.

---

[2]) Ueber den Gegensatz des droit coutumier und des droit écrit, der zum ersten Male in einem Kapitulare von 864 erscheint, siehe Warnkönig 2 28 ff.; Glasson 4 14 ff. Das in unzählige Orts- und Landrechte zersplitterte koutumiäre Recht umfaßte etwa zwei Drittel von Frankreich, das geschriebene Recht ein Drittel. Die Grenze zwischen den beiden Rechtsgebieten wird annähernd bezeichnet durch eine Linie, die, von der Mündung der Garonne ausgehend, mit einigen Krümmungen bis Genf zieht.

[3]) Von früheren Darstellungen der Geschichte der Fahrnisverfolgung im französischen Rechte seien hervorgehoben: Jobbé-Duval, Etude historique sur la revendication des meubles en droit français, 1880; Poincaré, Du droit de suite dans la propriété mobilière, 1883; Brissaud, Cours d'histoire générale du droit français public et privé, 1904, 2 1198 ff.; Manuel d'histoire du droit privé, 1908, 2 220 ff.

Die Untersuchung gliedert sich in 4 Abschnitte:

1. Die Beschränkung der Fahrnisverfolgung im alten koutumiären Recht.

2. Der Siegeszug der römischen unbeschränkten Fahrnisverfolgung und die Zeit des Mischrechts.

3. Die beschränkte Fahrnisverfolgung in der französischen Rechtslehre und Rechtsprechung des 18. Jahrhunderts.

4. Die Fahrnisverfolgung im Code civil.

Diese Gliederung dient in erster Reihe der übersichtlichen Gruppierung gegensätzlicher Erscheinungen. Eine scharfe Scheidung nach Zeiträumen ist nicht möglich, da neben den in den Abschnitten 1—3 durch die Ueberschrift angedeuteten Hauptströmungen gleichzeitig abweichende Unter- und Nebenströmungen einherlaufen. Oft sind sogar dieselben Quellen zwiespältig.

1. Abschnitt.

Die Beschränkung der Fahrnisverfolgung im alten koutumiären Recht (10.—14. Jahrh.).

§ 2.

1. Der Grundsatz: Fahrhabe hat kein Geleit.

I. Ueber den Rechtszustand in den ersten Jahrhunderten des französischen Mittelalters besitzen wir nur spärliche Ueberlieferungen. Die geschriebenen Volksrechte und die Kapitularien der fränkischen Zeit gerieten in Vergessenheit; bis ins 13. Jahrhundert wird in Nordfrankreich überwiegend ungeschriebenes Recht befolgt. Auch die späteren geschriebenen Rechtsquellen enthalten nur lückenhafte und dürftige Bestimmungen über Fahrnisbesitz und Fahrniseigen. Gegenüber der überragenden Bedeutung des Grundbesitzes mit seinen öffentlichrechtlichen und sozialen Aufgaben traten die beweglichen Sachen in den Hintergrund. Als die nordfranzösischen Stadt- und Landrechte von der Mitte des 15. Jahrhunderts ab amtlich aufgezeichnet wurden, befanden sie sich schon in einem Zustand stärkerer oder schwächerer Durchdringung mit römischem Recht. Es ist daher nicht immer leicht, den Stand des älteren koutumiären Rechts (10.—14. Jahrhundert) vor dem Eindringen des römischen Rechtes festzustellen. Soviel läßt sich aber deutlich erkennen, daß den Gewohnheitsrechten unseres Zeitraumes der

Grundsatz der beschränkten Fahrnisverfolgung in der einen oder anderen Form zugrunde liegt.[1])

Die Rechtsbücher und Gewohnheitsrechte dieser Zeit kennen eine Fahrnisverfolgung grundsätzlich nur bei Fahrnissen, die dem Berechtigten unfreiwillig abhanden gekommen sind. Dagegen kann der Berechtigte bewegliche Sachen, die er freiwillig aus der Hand gegeben hat und die vom Vertrauensmann veruntreut oder dem Vertrauensmann entwendet worden sind, nicht in die dritte Hand verfolgen; er hat vielmehr in diesem Falle regelmäßig nur eine Klage gegen den Vertrauensmann. Neben diesen Klagen um entwerte und um anvertraute Fahrnis gibt es im älteren, vom römischen Recht nicht beeinflußten koutumiären Recht weder eine Besitzklage noch eine rei vindicatio im Sinne des römischen Rechtes. So erwähnt das große normannische Rechtsbuch (aus der Mitte des 13. Jahrhunderts) in seiner Aufzählung der Fahrnisklagen die rei vindicatio nicht;[2]) ebenso-

---

[1]) So die heute herrschende Ansicht: Glasson 7 233 ff.; Poincaré S. 44 ff.; Brissaud 2 1206 ff.; Jobbé-Duval, NRH. 4 466; Beaune, Introduction à l'étude historique du droit coutumier français S. 429. Abweichender Auffassung ist van Bemmelen, Le système de la propriété mobilière (1887), eine polternde Philippika, die nicht nur vom rechtspolitischen Standpunkt aus die Beschränkung der Fahrnisverfolgung als ungerecht, verkehrt und unsittlich (immoral, grande sottise, scandale usw.) verdammt, sondern auch gegen die rechtsgeschichtliche Lehre von der Beschränkung der Fahrnisverfolgung im ältesten und mittelalterlichen germanischen Recht mit Kraftworten, wie humbug juridique, fatras (= Plunder) spéculatif, superstitions u. a., loszieht. Nach seiner Meinung war auch im ältesten und mittelalterlichen deutschen und französischen Recht die Fahrnisvindikation ohne jede Beschränkung auf die Fälle des Diebstahls und des Verlustes zulässig; er bezeichnet Mevius als den Vater der „entlarvten" falschen germanistischen Lehre. Der von Bemmelen versuchte Nachweis ist mißlungen. Die von ihm für das französische Recht beigebrachten Quellenstellen — mit ihnen haben wir uns hier allein zu befassen — sind teils zu unbestimmt, so daß sie weder für noch gegen die unbeschränkte Zulässigkeit der Fahrnisverfolgung verwertet werden können, teils aber sprechen sie überhaupt nur von der Fahrnisklage im Falle des Diebstahls oder Verlustes. Vgl. hierzu Glasson 7 247 ff. und H. Meyer, Entwerung S. 16 ff. Zweifelnd Viollet, Histoire du droit français, 3. Aufl., S. 620 ff.

[2]) Grand Coutumier de Normandie (Summa de legibus in curia laicali), Kap. 87 § 1. Sciendum itaque est quod querelarum possessionalium quedam est de mobili, quedam de immobili, quedam simplex, quedam apparens. § 2. De mobili autem est querela cum super aliqua possessione mobili inter partes adversus contentio ventilatur, ut si Petrus petat a Thoma XII denarios quos ei debet ..... § 5. Harum autem querelarum quedam sunt de

wenig nennt die älteste Gewohnheit von Bourges unter den nach Gewohnheitsrecht statthaften Fahrnisklagen die rei vindicatio, sondern sagt ausdrücklich, daß die letztere nur nach römischem Recht zulässig sei.[3]) Auch die Assisen von Jerusalem (2. Hälfte des 12. Jahrhunderts) und die Etablissements de Saint Louis (2. Hälfte des 13. Jahrhunderts) sprechen nirgends von der rei vindicatio, sondern nur von der Klage um entwerte Fahrnis.[4]) Dasselbe gilt von dem Conseil à un ami des Peter de Fontaines (Mitte des 13. Jahrhunderts).[5]) Da die Verfasser dieser Rechtsbücher sonst vom römischen Recht beeinflußt sind, hätten sie sicherlich die rei vindicatio mitgenannt, wenn sie in dem koutumiären Recht bestanden hätte. Die Klage um entwerte Fahrnis selbst ist keine auf gewisse Fälle beschränkte rei vindicatio, sondern von dieser wesensverschieden;[6]) sie stammt von der Anefangsklage des fränkischen Rechts ab, ebenso wie die Klage um anvertraute Fahrnis ein Ausläufer der actio ex re praestita des fränkischen Rechtes ist.[7]) Mit dem grundsätzlichen Ausschluß der Fahrnisverfolgung in die dritte Hand hängt auch das Fehlen der Fahrnisersitzung

---

debito, quedam de prestito, quedam de adirato (verlorene Fahrnis), quedam de pacto, quedam de damno illato, quedam de promisso, quedam de ablato, quedam de nantatione, quedam de furto. (Tardif, Coutumiers de Normandie 2 208 ff.).

[3]) Aelteste Gewohnheit von Bourges, Art. 55 (B. d. R. 3 880). L'en garde par coustume à Bourges, que en demande de meuble n'a seulement que quatre actions: en prest, en depost, en despouille et en larrecin; combien que de droict (= nach römischem Recht) y ait une aultre action que l'en appelle reivendication ..... Et aussi de coustume n'a point d'action ypoteque de meuble, combien qu'elle y soit de droict.

[4]) Nach den Assisen von Jerusalem H. C. Jean d'Ibelin c. 131 (Beugnot 1 206) muß der Fahrniskläger schwören, que il ne l'a vendue ne donée ne prestée ni engagiée ni alienée en aucune maniere, par quei il ne la puisse et deive recouvrer par l'assise. Weitere Belegstellen unten in § 3.

[5]) De Fontaines XII, 3 (Marnier S. 68 ff.). Se aucuns requiert une chose come siue et ne dit plus, nostre usage ne reçoit mie tel claim, se la partie ne le reçoit par sa volenté; mès s'aucuns requiert aucune chose qui soit seue, il doit dire: Je requier cele chose come moie qui m'a esté mal tolue [= gestohlen] ou que j'ai desmanée [= ist mir abhanden gekommen] ou autre reson par quoi ele parti de lui outre son gré.

[6]) Siehe unten § 3 II.

[7]) Ueber Fahrnisverfolgung im fränkischen Recht vgl. die in § 1 Anm. 1 genannten Werke sowie Sohm, Prozeß der Lex Salica; Jobbé-Duval S. 1 ff. (NRH. 1880, 463 ff.); Poincaré S. 17 ff.; Brissaud 2 1198 ff.; Rauch, Spurfolge und Anefang.

im älteren französischen Recht des Nordens zusammen, da für eine solche kein Bedürfnis vorhanden war.[8])

Die Beschränkungen der Fahrnisverfolgung wirkten nicht nur zugunsten des Fahrniskäufers sondern auch des Fahrnispfandnehmers, der seinen Pfandbesitz vom Nichteigentümer erlangt hatte. Auf der anderen Seite erschwerten sie aber auch die Rechtsverfolgung des Pfandgläubigers, da dieser nur im Falle unfreiwilligen Verlustes des Pfandbesitzes die Fahrnis jedem Besitzer — auch dem Eigentümer — abfordern durfte, dagegen bei Veruntreuung der Sache durch den Vertrauensmann sich nur an diesen halten konnte.[9])

Die Wirkung der Beschränkung der Fahrnisklage bestand nur in der Abschwächung der dinglichen Kraft des Fahrniseigens; der Eigentumserwerb selbst wurde nicht erleichtert. Allerdings war die Stellung des durch den Ausschluß der Fahrnisverfolgung geschützten Erwerbers von derjenigen eines Eigentümers in der Regel nicht verschieden. Wenn jedoch der wahre Eigentümer zufällig wieder in den Besitz der Fahrnis gelangte, konnte er unter Berufung auf sein Eigentum die Klage des Erwerbers zurückschlagen und, wenn die Sache wieder in die Hände des Vertrauensmannes zurückkehrte, konnte er sie diesem mit der Klage um anvertrautes Gut abfordern.[10])

---

[8]) Jobbé-Duval S. 169; Glasson 7 240, 249 ff.; Brissaud 2 1212; Poincaré S. 46. Vgl. Jean Bessian de Pressac, Avernorum consuetudines c. XVII des Prescriptions Art. 1: .... sunt sublatae usucapiones etiam introductae pro rebus mobilibus: in quibus videbatur tantum tempus non esse necessarium ad securitatem acquirentibus praebendam, que magna praestatur per aliam regni consuetudinem generalem per quam dicitur que meubles n'ont point de suyte. (Jobbé-Duval a. a. O.).

[9]) Gierke, DPR. 2 956 ff.; Franken S. 315. Livres de Jostice et de Plet XIX, 35 (Rapetti S. 309): § 3. Et se aucuns engage choses que l'en li ait prestées, li gages vaut. Et s'il engage choses qu'il a toloistes et ce soit seu, li gages ne vaut rien. § 4. A totes les foiz que chose est emblée ou toloiste et ele est engagée, li gages ne vaut riens. § 5. A totes les foiz que chose est baillie en gages qui est donée ou prestée ou achetée et la baille en gages: li gages tient.

[10]) Gierke a. a. O. S. 560. Anderer Ansicht Glasson 7 240 und Viollet, Les Etablissements de Saint Louis 1 116, wonach der Fahrniserwerber, auch wenn er nicht von dem wirklichen Eigentümer erworben hatte, durch die bloße Tatsache der Besitzerlangung Eigentümer wurde, falls die Sache nicht dem wahren Berechtigten wider seinen Willen abhanden gekommen war. Vgl. auch Franken S. 296 ff. Die Quellen schweigen über

Wie Beaumanoir sich zur Frage der Fahrnisverfolgung stellt, ist in den bisherigen Ausführungen noch nicht erörtert worden. Die Bedeutung seiner 1283 verfaßten Coutumes de Beauvaisis, die man nicht mit Unrecht den französischen Sachsenspiegel genannt hat, erfordert eine besondere eingehende Untersuchung. In der scharfsinnigen und klaren Behandlung des Einzelfalles steht Beaumanoir unter den französischen Juristen des Mittelalters unerreicht da. Aber gerade wegen seiner vorwiegend dem Einzelfall zugewandten Betrachtungsweise ist es nicht leicht, allgemeine Grundsätze herauszuziehen; dazu kommt, daß Beaumanoir nicht das reine Gewohnheitsrecht wiedergibt, sondern da und dort römisch-rechtliche Sätze und Gedanken, wenn auch maßvoll und in selbständiger Verarbeitung, aufgenommen hat. Auch für die Fahrnisverfolgung stellt er nicht von vornherein allgemeine Regeln auf, in die er die Einzelfälle einordnet.[11]) So kann es nicht wundernehmen, daß über seine Stellung zur vorliegenden Frage lebhafter Streit entbrannt ist. Die einen nehmen an, daß er unter dem Einflusse des römischen Rechts bereits die unbeschränkte Fahrnisklage im Sinne der rei vindicatio kenne,[12]) die anderen, daß er die Fahrnisverfolgung auf die Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes beschränke.[13]) Die zweite Ansicht verdient den Vorzug. In den meisten in Betracht kommenden Stellen erwähnt Beaumanoir ausdrücklich Diebstahl, Raub oder Verlust der Fahrnis als Klagvoraussetzung,[14])

---

die Frage. Da sie aber regelmäßig nur den Ausschluß der Fahrnisklage betonen, erscheint die Annahme einer bloß negativen Wirkung gerechtfertigt.

[11]) Franken S. 54 Anm. 1.

[12]) So Brissaud 2 1206 Anm. 6: Vindikation außer gegen den gutgläubigen Erwerber, der auf offenem Markt kaufte; bei gestohlenen Sachen Lösungsanspruch des Eigentümers gegen den redlichen Marktkäufer.

[13]) So Poincaré S. 48 ff.; Glasson 7 248 u. 252.

[14]) Beaumanoir § 711 (Salmon 1 363; Beugnot XXIV, 27): Aucune fois avient il que l'en prent aucune chose qui est a autrui sans le congié et sans la volenté de celi qui ele est . . . . Je doi poursuir celui qui la m'osta par action de larrecin, se je puis savoir qu'il la m'otast par courage d'embler . . . . § 739 (Salmon 1 380; Beugnot XXV, 22): Quiconques perde la chose et la trueve en autrui main qu'en la sieue par vente ou par garder ou en autre maniere, cil qui a sa chose perdue la puet demander, s'il li plest, a celui qui la trouva . . . . cil qui poursiut sa chose qu'il perdi ou qui li fu emblee ou tolue . . . . § 740 (Salmon 1 381; Beugnot XXV, 23): . . . . se aucuns a presté deniers seur la chose qui fu tolue ou emblee ou perdue, et cil qui la chose fu la demande a celui qui l'a en gages . . . . § 949 (Salmon 1 481; Beugnot XXXI, 13): Aucune

und er gibt die Klage in diesen Fällen nicht dem Eigentümer als solchem, sondern regelmäßig dem Besitzer, insbesondere dem bestohlenen Vertrauensmann.[15]) Nirgends spricht er von einer Verfolgung der durch den Vertrauensmann unterschlagenen Sachen, ebensowenig von der Fahrnisersitzung, die doch ein notwendiges Gegengewicht gegen die unbeschränkte Fahrnisverfolgung wäre. Auf dem Boden des alten Gewohnheitsrechts steht er auch, wenn er dem Beklagten den Gewährenzug als Mittel der Verteidigung gewährt,[16]) und wenn er den Ersatz des Kaufschillings im Falle des redlichen Marktkaufes vorsieht.[17]) Wir werden deshalb unterstellen dürfen, daß Beaumanoir auch in den Stellen, wo er — von den Vertragsklagen abgesehen —

---

fois avient il qu'aucuns prent la chose de son parent ou de son voisin ou de son ami sans son seu et en derriere de lui . . . . Hier gewährt Beaumanoir die poursuite du larrecin nur, falls courage de larrecin nachzuweisen. § 951 (Salmon 1 482; Beugnot XXXI, 16): Nus ne puet autrui suir de larrecin, se la chose ne li a esté emblee . . . . § 952 (Salmon 1 483; Beugnot XXXI, 17): Se une chose est louee a aucun et ele est emblée, la poursuite en apartient a celi qui la loua . . . . § 985 (Salmon 1 496; Beugnot XXXII, 27): . . . se l'en me toloit mon cheval . . . . § 1046 (Salmon 2 26; Beugnot XXXIV, 44): . . . . se aucuns poursuit un cheval ou aucune autre chose qui ait esté emblee a celui qui le poursuit . . . .

[15]) Beaumanoir §§ 951 und 952 (Salmon 1 482 ff.; Beugnot XXXI, 15 u. 16). Siehe unten § 3 IV 1.

[16]) Beaumanoir §§ 739 (Salmon 1 380; Beugnot XXV, 22), 1046 ff. (Salmon 2 26; Beugnot XXXIV, 44 ff.), 1071 (Salmon 2 40; Beugnot XXXIV, 65), 1116 (Salmon 2 72; Beugnot XXXVII, 3).

[17]) Beaumanoir § 739 (Salmon 1 380; Beugnot XXV, 22). Mit dieser Stelle, die dem Eigentümer der entwerten Fahrnis gegen den redlichen Marktkäufer einen Lösungsanspruch verleiht, ist schwer vereinbar § 1049 (Salmon 2 28; Beugnot XXXIV, 47), wonach der redliche Marktkäufer anscheinend die Fahrnisklage des Berechtigten schlechthin zurückschlagen kann. Brissaud a. a. O. sucht die beiden Stellen dadurch mit einander in Einklang zu bringen, daß er den § 1049 auf den Marktkauf unterschlagener Sachen bezieht. Allein in § 1049 ist mit keinem Wort davon die Rede, daß es sich um unterschlagene Fahrnisse handele, obwohl dies aus Gründen der Deutlichkeit unbedingt erforderlich gewesen wäre, wenn Beaumanoir veruntreute Sachen im Auge gehabt hätte. Sodann war es überflüssig, den Ausschluß der Fahrnisverfolgung mit Bezug auf den Fall des Marktkaufes anvertrauter Sachen besonders zu erwähnen, da nach dem koutumiären Recht, dem Beaumanoir augenscheinlich folgt, anvertraute Sachen von dem Vertrauensgeber regelmäßig nicht in die dritte Hand verfolgt werden können. Zwischen beiden Stellen dürfte mithin ein Widerspruch bestehen, falls § 1049 — der unklare Wortlaut zwingt nicht schlechthin zu dieser Annahme — wirklich die Fahrnisklage im Falle des redlichen Marktkaufes scheitern lassen will. Vgl. Poincare S. 49.

Fahrnisklagen gegen Dritte erwähnt, ohne von Entwerung zu sprechen, an gestohlene oder verlorene Sachen denkt.[18]) Allerdings sagt er einmal: „*chascuns a lieu de demander ce qui doit estre sien a celui qui le tient*“,[19]) doch darf diese Bemerkung, die an den Satz „*ubi rem meam invenio, ibi vindico*“ anklingt, nicht aus dem Zusammenhang gerissen werden. Beaumanoir behandelt hier den Fall, daß eine Mietsache dem Mieter entwendet wird; er gewährt die Fahrnisklage gegen den Dieb oder sonstigen Inhaber der gestohlenen Sache regelmäßig nur dem Mieter, ausnahmsweise auch dem Vermieter, wenn der Mieter außerstande ist, dem Vermieter für den Verlust der Mietsache Ersatz zu leisten, und fügt zur Begründung jene Worte bei. Eine solche beiläufige Bemerkung darf nicht verallgemeinert und als Anerkennung der unbeschränkten Fahrnisvindikation gedeutet werden. Die Tatsache, daß Beaumanoir die Fahrnisklage gegen den Dieb in der Regel dem Vermieter und Eigentümer versagt, beweist im Gegenteil, daß er von der Uebernahme der rei vindicatio weit entfernt ist. Auch in dem Kapitel 6, in dem Beaumanoir die verschiedenen Klagen darstellt, macht er bei der Erörterung der Fahrnisklagen keine Anspielung auf die rei vindicatio; kurz darauf kommt er auf die *demande reele*, eine der römischen rei vindicatio entsprechende reine Eigentumsklage zu sprechen, beschränkt sie aber auf Liegenschaften.

II. Die Beschränkung der Fahrnisverfolgung wurde in späterer Zeit durch das Rechtssprichwort ausgedrückt: „*Mobilia non habent sequelam*“. „*Meuble n'a point de suite*“ entsprechend dem deutschen „Fahrhabe hat kein Geleit“.[21]) Mit Unrecht hat man gelegentlich bestritten, daß dieser Satz sich ursprünglich auf die Fahrnisverfolgung des dinglich Berechtigten bezogen und die Bedeutung der Regel „Hand wahre Hand“ gehabt hat, und behauptet, daß er nur eine abgekürzte Form des Satzes

---

[18]) Beaumanoir §§ 198 (Salmon 1 99; Beugnot VI, 3), 379 (Salmon 1 180; Beugnot XII, 14), 1049 (Salmon 2 28; Beugnot XXXIV, 47). Offenbar will Beaumanoir in diesen Stellen nicht die Klagvoraussetzungen erörtern, sondern andere Fragen wie Form der Klage, Gerichtsstand, Gewährenzug u. dgl.

[19]) Beaumanoir § 952 (Salmon 1 483; Beugnot XXXI, 16). Vgl. auch unten § 3 III b γ und § 3 Anm. 46.

[20]) Beaumanoir § 230 (Salmon 1 117; Beugnot VI, 32).

[21]) Vgl. Graf u. Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter S. 110 Nr. 263 „Habe hat kein Geleit“ und Nr. 262 „Möbel haben kein Gefolge“.

„*meuble n'a point de suite par hypotheque*" sei und anfänglich auch nur diese engere Tragweite gehabt habe.[22]) Letztere Fassung kommt erst seit dem 16. Jahrhundert vor,[23]) wogegen erstere uns schon in den Quellen des 14. und 15. Jahrhunderts entgegentritt.[24]) Wir finden in den Rechtsbüchern unseres Zeitraumes häufig die Ausdrücke *suivre, poursuivre, poursuite* zur Bezeichnung der Fahrnisverfolgung des dinglich Berechtigten;[25]) es wäre daher unverständlich, warum das Sprichwort „*meuble n'a point de suite*" trotz seiner allgemeinen Fassung nicht den grundsätzlichen Ausschluß der Fahrnisverfolgung des dinglich Berechtigten, sondern nur eine Folgerung aus diesem Grundsatz im Auge gehabt haben soll. In der Tat gebrauchen auch noch spätere Schriftsteller den Satz in der umfassenderen Bedeutung.[26])

---

[22]) So Denyssen, De paroemia juris hodierni „mobilia non habent sequelam" (Diss. Lugd. Batav. 1799) S. 113; van Bemmelen S. 346 ff. Richtig Renaud S. 148; Poincaré S. 44; Brissaud 2 1207 Anm. 1.

[23]) Siehe unten § 9 II.

[24]) Alte Gewohnheit von Anjou und Maine 1411 Art. 288 (Franken S. 308): . . . meuble n'a point de suyte.

[25]) Vgl. Etablissements de St. Louis II, 18 (Viollet 2 391): Se aucune persone siut aucune chose qui li ait esté amblée . . . . Livre des Droiz Art. 109 (Beautemps-Beaupré 1 360): Cellui qui suit la chose comme emblée . . . .

[26]) Anton Faber (1557—1624), Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae senatu tractarum (Ausgabe Genf 1659) Buch 6 Titel 27 definitio XI (S. 756): . . . si (der mit einem Universalfideikommiß belastete Erbe) qua immobilia alienaverit, vindicari ea utique quandocumque possunt; mobilia non item, quod eorum exhibitio certaque demonstratio difficilior sit ac magnam ad multiplicandas pro re minima lites materiam praebeat. Unde et illud est, quod Galli dicere solent: Les meubles n'avoir point de suyte. Id est, extra manus eius, qui minus fuit, licet plenum alienandi ius non habuerit, neque fideicommissi neque pignoris aut alio ullo iure mobilia vindicari posse. Caeterum, si rem meam mobilem quis subripuerit, deinde alteri vendiderit, nemo dubitat, quin et ad exhibendum et in rem actio mihi competat contra quemlibet possessorem, tametsi per plurium personas emptio ambulaverit, quia rei meae dominium a me invito aut ignorante abscedere non potuit. In einer Anmerkung bemerkt der Verfasser, daß bei ihm zu Lande (in der Sabaudia) diese Grundsätze nicht gelten, quia etiam mobilium vindicatio apud nos superest creditori aut domino etiam contra tertium possessorem. Boerius, Consuetines Biturigum Titel 3 § 7 (Paris 1547 Bl. 37): . . . . Hic vero loquitur in actione rei vendicationis bonorum mobilium, cui de consuetudine non praescribitur nisi XXX annis, ut dictum est, vel non habet locum usucapio, cum mobilia non habeant secutam sive sequelam . . . . Vgl. auch Anm. 8.

§ 3.

2. Die Fahrnisklage im Falle der Entwerung.

I. Ihr Anwendungsgebiet.[1])

1. Ueberall erscheint die Entziehung der Fahrnis durch Diebstahl oder Raub als wichtigster Fall der Klage,[2]) manche Quellen beschränken sich überhaupt auf die Hervorhebung dieses Falles.

2. Die Klage ist ferner statthaft, um verlorene Sachen dem Finder oder sonstigen Inhaber abzufordern.[3]) Oft wäre es

---

[1]) Jobbé-Duval S. 97 ff.; Laband, Vermögensrechtliche Klagen S. 70 ff.; London S. 391 ff.; H. Meyer, Entwerung S. 42 ff.

[2]) Assisen von Jerusalem, C. d. B. 249 (Beugnot 2 187): C'il avient, par aucune aventure, que aucun aveir soit emblé . . . . . Etablissements de St. Louis I, 95 (Viollet 2 154): . . . „ceste chose si m'a esté amblée" . . . II, 18 (Viollet 2 391): Se aucune persone siut aucune chose qui li ait esté amblée et il l'entierce por amblée . . . . Livre des Droiz Art. 109 (Beautemps-Beaupré 1 360): Cellui qui suit la chose comme emblée, il la doit avoir. Livres de Jostice et de Plet XIX, 35 § 1 (Rapetti S. 309): Se aucuns baille aucune chose en gages et ele soit emblée et cil qui la chose est l'antierce por emblée . . . Beaumanoir §§ 711, 739, 740, 949 ff. (siehe oben § 2 Anm. 14). Ueber das englisch-normannische Recht vgl. Britton, Kap. 15 (Houard, Traités 4 40): . . . . il demaunde la chose come enble ou robbe . . . . Kap. 24 (Houard a. a. O. S. 79): Der Kläger trägt vor, daß der Beklagte ihm cesty chival felonisement come felon luy embla et prist et amena encontre la peas . . . . . Myrror of Justice II, 16 (Houard a. a. O. S. 552): Der Kläger behauptet, daß der Beklagte ihm die Sache a robbé oder ceux biens larroniesment come larron emblea.

[3]) Assisen von Jerusalem H. C. Jean d'Ibelin 131 (Beugnot 1 205): Qui se viaut clamer par l'assise de chose qui li ait esté malatirée, ce est que il l'ait perdue, et il treuve celle chose el poeir d'autre et il la peut arester, et il la fait aporter ou amener devant le seignor, et dire li: „Sire, tel chose que je perdis, je l'ais trovée o tel; faites la garder tant que dreit en seit coneu entre mei et lui. Et, se il ne la peut arester, il deit à celui qui la chose a, dire devant genz qui li puissent garantie porter, se mestier li est: „Tel chose que voz avés, est mée, et je la perdi, si voz pri que la me rendés." Et ce il ne li rent, il deit dire: „Donc vos defent ge, de par le seignor, que voz ceste chose qui est meie", et die quei, „ne partés de votre poeir tant que dreit en seit coneu entre mei et voz" . . . . Ebenda C. d. B. 230 (Beugnot 2 159): Jerosolimitano more rerum amissarum dominium non transfertur in alium, quia dominus ubicumque rem suam mobilem amissam invenerit, uno solo jurejurando a domino praestito recuperando, rei suae aditum inveniet. Verum si quis equum amiserit, eodem more civitatis Dei, si dominus eum invenerit apud aliquam civitatem vel locum, poterit per

dem Berechtigten ja gar nicht möglich, anzugeben, ob seine Fahrnis, z. B. ein Stück Vieh, ihm gestohlen worden oder verloren gegangen ist.[4]) Doch wirkte auf die Behandlung der verlorenen Sachen das Feudalrecht ein. Der Finder hatte die Fundsachen *(épaves, choses gayves, varech)* an den Grundherrn des Fundortes abzuliefern und die Fahrnisse wurden Eigentum des Grundherrn, wenn der Verlierer sie trotz ordnungsmäßiger Kundmachung des Fundes (in der Kirche, auf der Messe usw.) nicht binnen Jahr und Tag beanspruchte.[5]) Dieser rein bürgerlichrechtliche Herausgabeanspruch gegen den Grundherrn ist von der im Strafrecht wurzelnden Klage um entwerte Fahrnis gegen den unredlichen Finder oder seinen Besitznachfolger wohl zu unterscheiden.

3. Den gestohlenen und verlorenen Sachen werden mehrfach die durch das Gesinde oder die Ehefrau „abgetragenen" Sachen gleichgestellt.[6])

4. Erst verhältnismäßig spät wurden die Fälle, in denen die Fahrnisklage gegen Dritte zulässig war, unter den Begriff

---

duos testes idoneos, qui scivissent et vidissent dominum equum in domo habere et possidere, uno sacramento illum dominus vendicare . . . . Siehe auch daselbst § 231 (Beugnot 2 160).

Beaumanoir § 739 (Salmon 1 380; Beugnot XXV, 22) sowie § 736 (Salmon 1 378; Beugnot XXV, 19): Der Finder, der den Fund sich zueignet, statt ihn dem ihm bekannten Verlierer auszuhändigen oder ihn an den Grundherrn des Fundortes abzuliefern, begeht „une maniere de larrecin".

[4]) H. Meyer, Entwerung S. 49; London S. 414.

[5]) Brissaud 2 1208; Jobbé-Duval S. 98 ff.; Poincaré S. 52.

[6]) Assisen von Jerusalem, C. d. B. 90 (Beugnot 2 69): S'il avient que uns hom ait retenu un sergent ou une chanberiere et le sergent ou la chanberiere s'en vait de l'ostel sans congé de son seignor ou de sa dame et enporte aucune chose de son seignor ou de sa dame, et il retreuve se qu'il a perdu sur aucun home ou sur aucune feme, la raison comande que le sire ou la dame à qui le sergent ou la chanberiere avera fait cele faite, si deit recouvrer la chose par dreit: par enci que il deit jurer sur sains que il ne vendi ne douna cele chose qu'il a trovée, mais que enci li avoit emblé le sergent ou la chanberiere com il a dit. Bouteiller, Buch 1 Titel 35 (S. 421): Item et s'il advenoit que femme qui fut mariee s'enhardist d'embler aucune chose de son hostel sans le sçeu de son mary: sçachez que la loy ne veut pas que ce soit dit larrecin: ne (außer) que le mary puisse faire poursuitte de restitution, où qu'il sçeust les choses, les doit ravoir, supposé qu'aucun les eust acheptees ou presté sus aucuns deniers comme de chose emblée, iaçoit ce que cy ne chee punition de larrecin. Beaumanoir § 928 (Salmon 1 468; Beugnot XXX, 97). Ueber deutsches Recht vgl. Laband S. 80 ff.

des unfreiwilligen Abhandenkommens der Fahrnis zusammengefaßt und den Fällen des freiwilligen Weggebens der Sache, in denen die Fahrnisverfolgung ausgeschlossen war, gegenübergestellt. Am schärfsten ausgeprägt ist dies im Conseil des Peter de Fontaines XII 13 (Marnier S. 68); hier muß der Kläger zur Begründung seiner Klage vortragen: *Je requier cele chose come moie qui m'a esté mal tolue ou que j'ai desmanée ou autre reson par quoi ele parti de lui outre son gré.*[7])

Doch gibt es einige streitige Grenzfälle und eine Anzahl Ausnahmen, die den Grundsatz durchbrechen.

So wurde verschieden behandelt der Fall der Pfändung von Fahrnissen des Vertrauensgebers durch Gläubiger des Vertrauensmannes.[8])

---

[7]) Vgl. § 2 Anm. 5 sowie Beaumanoir § 711 (Salmon 1 363; Beugnot XXIV, 27): Aucune fois avient il que l'en prent aucune chose qui est a autrui sans le congié et sans la volenté de celi qui ele est . . . . . Etablissements de Saint Louis II, 18 (Viollet 2 391): Der Kläger muß vor Gericht sagen: „Sire, ceste chose m'a esté amblée et sui touz prez de jurer sor sainz de ma bouche et de ma main, que je ne fis onques chose par coi j'en perdisse la saisine". Siehe auch Ssp. II, 60, wo der Ausschluß der Klage gegen Dritte ausdrücklich an die Voraussetzung geknüpft wird, daß der Eigentümer die Sache „uz sînen geweren lêt mit sîme willen".

[8]) Beaumanoir gewährt dem Eigentümer der bei dem Vertrauensmann gepfändeten Fahrnis schlechthin die Klage gegen den Pfändungsgläubiger: § 1595 (Salmon 2 309; Beugnot LIV, 3): Ce n'est pas merveille, quant il convient prendre les biens d'aucun pour dete, se l'en prent les choses que l'en voit en son pouoir, si comme ce qui est en sa meson ou ce qui est en son commandement. Nepourquant se autres vient avant qui prueve la chose prise a sieue, il la doit ravoir; mes il doit dire et metre en voir la cause pour quoi ele estoit en la main de celui seur qui ele fu prise: si comme s'il l'avoit prestee ou louee ou bailliee en garde, car par teus causes a l'en la saisine d'autrui choses et c'est bon a savoir pour oster les fraudes. Ebenso die alte Gewohnheit von Orléans (1509) Art. 359 (B. d. R. 3 758). Die Assisen von Jerusalem versagen die Klage dem Verleiher, gewähren sie dagegen dem Vermieter und Verpächter: C. d. B. 40 (Beugnot 2 41): Bien sachiés que ce un home preste une soue chevauchure à un autre home, et celui à qui il l'a prestée li dit: „Demain vos rendrai la vostre chevauchure"; et vos l'en laicés mener, et il est tés hom qui soit en dettes ou plege à un autre home, celui home à cui il est pleges ou detour li peut bien tolir vostre chevauchure et paier s'en, par dreit et par l'asise de la terre. Daselbst 86 (Beugnot 2 67): S'il avient que uns hons veut faire bonté à un sien amy et li a faite la bonté, ce est que il li a prestée sa beste ou l'a fait chevaucher devant luy sur sa beste en la sele et il chevauche derieres lui, et celui vostre ami est tés hom qui seit detour ou plege d'aucuns hom ou d'aucune feme et il l'encontrent chevau-

Eine Ausnahme von dem „Hand wahre Hand“ — Gedanken begründet der Rechtssatz, daß der Eigentümer, dessen Fahrnis von dem mit der Bearbeitung betrauten Handwerker veruntreut worden ist, sie dem Dritten gegen Erstattung des dem Handwerker geschuldeten Arbeitslohnes abfordern kann.[9])

Noch weiter gehen — unter dem Einflusse des römischen Rechtes — die Assisen von Jerusalem: Der Vermieter darf

---

chant sur vostre beste ou par sei ou par devant vous et vous derieres lui, la raison comande que celui ou cele à cui il est pleges ou dettes li peut bien tolir la beste por sa dette ou por sa plegerie aquiter, car ce est dreit par l'asize. Daselbst C. d. B. 102 (Beugnot 2 74): Se un home luie sa chevauchure à aucun home ou à aucune feme, et celui qui aura la beste luiée le vent à autre ou l'engage ou li est prise por dette, la raison comande que le sire de la beste ou la dame deit recouvrer sa beste par tout là où il la trovera ou reaume . . . . . Nach den Livres de Jostice et de Plet 8, 5 § 2 kann nur der Viehverpächter, der nicht durch Pfand oder Bürgschaft gesichert ist, gegen den Pfändungsgläubiger vorgehen: Se aucuns a loé bues (= boeufs) chascun an por six mines de mestive et il en preigne plège et les bos soent pris por la dette de celui qui les a aloez et cil qui la chose est la dénit, il ne l'aura pas; mès se il les a bailliez sanz gage et sanz plège, il les aura. Das älteste Landrecht der Bretagne gestattet in Art. 303 (B. d. R. 4 271) dem Eigentümer den Widerspruch gegen die Pfändung nur unter der Voraussetzung, daß der Vollstreckungsschuldner zahlungsfähig und der Pfändungsgläubiger mithin in der Lage ist, auf eigene Sachen des Schuldners den Zugriff zu richten. Hierzu Franken S. 273 ff., 289 ff. Ueber deutsches Recht vgl. Laband S. 85 ff., Planitz, Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht 1 513 ff., und A. Schultze in SavignyZ. (GA.) 33 624.

[9]) Freiheit von Roye (1183) c. 47 (O. d. L. 11 231): Si aliquis burgensis vel uxor ejus alicui filatrici lanam commiserit filandam sub mercede et filatrix filata pignori obligaverit, ultra quam in filando deservierit, major communie pro debita tantum mercede filata reddi faciet ei cuius extiterit lana. Alte Gewohnheit von Bourges Art. 54 (B. d. R. 3 880): La coustume est telle, que quand aulcun baille sa besoigne chez aulcun ouvrier comme sa robe chez le tondeur à tondre ou chez le cousturier à faire et aussi des autres choses, se il advient que l'ouvrier l'engaige et s'en fuye, celluy à qui sera la besoigne l'aura à son parfait par son serment, en payant l'ouvrage loyalment. Freibrief König Philipps für Figeac (1318) Art. 33 (O. d. L. 7 666). Fahrnisverfolgung ohne Verpflichtung zum Ersatz des Arbeitslohnes: Cons. Tolosae p. II R. de debitis I (B. d. R. 4 1046): Paratores, sartores, corraterii, textores . . . pannos nec vestes nec sericum nec filata sibi tradita non possunt vendere nec pignori obligare . . . . Tamen si aliquis vel aliqua de his praedictis emerit vel suam pecuniam ibi accomodaverit, pecuniam totius illius emptionis et impignerationis amittat. Et illum totum illi cuius fuit reddat penitus absolutum. Vgl. auch Jobbé-Duval S. 175, Laband S. 82, Franken S. 271, Gierke, DPR. 2 560, H. Meyer, Entwerung S. 76 ff.

die vom Mieter veräußerte oder verpfändete Mietsache in die dritte Hand verfolgen.[10])

Wird die gestohlene Fahrnis durch Verarbeitung in eine andere Sache umgewandelt, so kann nach Beaumanoir der Geschädigte die neue Sache nicht herausverlangen; er hat gegen den Inhaber, der zur Reinigung vom Diebstahlsverdacht auf den Gewähren ziehen muß, bloß einen Anspruch auf Wertersatz.[11]) Dagegen schließt bloße Bearbeitung, z. B. Färben des entwendeten Stoffes, den Herausgabeanspruch nicht aus.[12])

II. Das Wesen der Klage um entwerte Fahrnis. Klaggrund und Klagziel.

Die Klage um entwerte Fahrnis *(action de chose emblée)* der französischen Quellen des Mittelalters ist keine dingliche, d. h. zur Geltendmachung dinglicher Rechte bestimmte Klage.[13]) Klaggrund ist nicht das Eigentum als solches,[14]) sondern unfreiwilliger Verlust der Fahrnis (Entwerung).[15]) Allerdings muß nach manchen Quellen der Kläger außer dem unfreiwilligen Verlust[16]) noch nachweisen, daß die Sache „sein" ist.[17]) Doch bezieht sich dieser Nachweis nicht auf das Eigentum

---

[10]) C. d. B. 102 (Beugnot 2 74). Siehe oben Anm. 8. Ebenso die zweitälteste Gewohnheit von Amiens Art. 99 (Jobbé-Duval S. 177 Anm. 2): „Derekief, s'aucuns loue aucune sieue cose et chil a cui la cose est louée le vent ou met en wages, chil qui la cause est, le r'ara pour nient."

[11]) Beaumanoir § 711 (Salmon 1 363; Beugnot XXIV, 27).

[12]) Alte Gewohnheit von Bourges Art. 53 (B. d. R. 3 880).

[13]) Vgl. Laband S. 50 ff.

[14]) Anderer Ansicht: Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (1848) S. 310, Franken S. 293 ff., van Bemmelen S. 48. Hermann, Die Grundelemente der altgermanischen Mobiliarvindikation (1886) S. 26 nimmt zwar für die Zeit der Volksrechte Eigentumsgrundlage an, dagegen nicht mehr für das spätere Mittelalter.

[15]) Siehe die Belegstellen in den Anmerkungen 2—7, sowie Brunner 2 509, Gierke, DRP. 2 554, H. Meyer, Entwerung S. 12 ff., A. Schultze, IheringsJ. 49 170 f., 186 Anm. 46, Festgabe für Dahn 1 58, Festschrift für Gierke S. 792; Eckard Meister in Festschrift für Wach (1913) 3 429 ff.

[16]) Nachweis mittels Eides, vgl. Assisen v. Jerus. C. d. B. 249 (Beugnot 2 187): Der Bestohlene det jurer sur sains que celuy aver li a esté emblé et que il ne le vendy ni douna ni engaja ni presta, mais que enci l'a perdu par larecin, si come il l'a dit. Daselbst 231 (Beugnot 2 160) und 232.

[17]) Ass. v. Jerus. H. C. Jean d'Ibelin 131 (Beugnot 1 205): ... tel chose ... est mée et je la perdi. Freiheit von Rouen und Falaise (O. d. L. 5 671 ff.) Art. 9: Si contingerit aliquem interciare aliquid de suo super latronem vel falsonarium in Rotomago vel Castro Phalesie captum et con-

an der streitbefangenen Fahrnis, sondern nur auf ihre Nämlichkeit mit der abhanden gekommenen.[18]) Das ergibt sich aus den Quellen, die vom Kläger das Zeugnis zweier redlicher Zeugen fordern, *que il l'aient veu saisi et tenant de celuy aver.*[19]) Es kommt hinzu, daß die Fahrnisklage häufig auch dem Nichteigentümer, z. B. dem Pfandgläubiger und dem Entleiher — unter Ausschluß des Eigentümers —, zustand, die doch nicht von der Fahrnis sagen konnten, sie sei ihr Eigentum.

Die Klage hat hiernach nichts gemein mit der rei vindicatio des römischen Rechts. Sie ist vielmehr nichts anderes als die Gewerebruchsklage der Volksrechte und des deutschen Mittelalters. Dieser Zusammenhang ist schon angedeutet in der häufig vorkommenden Bezeichnung der Klage als *entiercement, entiercer,*[20]) die auf die intertiatio des fränkischen Rechtes zurückführt.

Die Gleichstellung der Klage um entwerte Fahrnis mit der römisch-rechtlichen Vindikation ist schon deshalb verfehlt, weil die germanische Gewerebruchsklage ihrem Ursprung nach über-

---

victum et possit ostendere legali testimonio vicinorum, suum esse quod clamat, reddetur .... Bouteiller I, 43 (S. 550 ff.): ... clamer [la chose] sienne comme emblée ... Livres de Jostice et de Plet XIX, 35 § 1 (Rapetti S. 309): ... qui l'antierce por emblée l'aura a proves des prodes homes que la chose fust soe ... Livre des Droiz 109 (Beautemps-Beaupré 1 360): Cellui qui suit la chose comme emblée il la doit avoir; c'est assavoir o jurer que la chose soit soue, par quoy il soit homme de bonne renommé. De Fontaines XII, 3 (siehe oben § 2 Anm. 5).

[18]) Ebenso im deutschen Recht: Laband S. 108 ff.; A. Schultze, Gerüfte u. Marktkauf S. 58 Anm. 162.

[19]) Assisen v. Jerus. C. d. B. 249 (Beugnot 2 187). Daselbst H. C. Jean d'Ibelin 131 (Beugnot 1 206) wird verlangt, daß der Kläger den Beweis führe par deus leaus garenz de la lei de Rome, qui jurent sur sains, que il le virent de celle chose que il requiert saisi et tenant come du sien. Nachweis der Nämlichkeit durch Zeugenbeweis findet sich u. a. auch in der Freiheit von Rouen (O. d. L. 5 671 ff.) Art. 9, — siehe oben Anm. 17 — und in den Livres de Jostice et de Plet XIX, 14 § 4 (Rapetti S. 295), wogegen nach anderen Quellen der Eid des Klägers, daß die Sache „sein" sei, genügt: Amiens 1190 Art. 32 (O. d. L. 11 266), Livre des Droiz 109 (siehe Anm. 17).

[20]) Freiheit von Rouen Art. 9 (O. d. L. 5 671): Si contingerit aliquem interciare aliquid de suo ... Etablissements de Saint Louis II, 18 (Viollet 2 391): Se aucune persone siut aucune chose qui li ait esté amblée et il l'entierce por amblée. Freiheit von Amiens Art. 32: S'aucuns enterche la sive chose ... Gewohnheit von Amiens aus dem 13. Jhdt. Art. 76: Chi parole de chose enterchie por emblée. (Jobbé-Duval S. 122 Anm. 5).

haupt keine vermögensrechtliche, sondern eine Strafklage ist.[21]) Strafrechtlich ist ihr anfänglich einziger und später regelmäßiger und häufigster Ausgangspunkt: Entziehung der Sache durch Diebstahl oder Raub. Strafrechtlich ist ihr Hauptzweck: Bestrafung des Diebes wegen des Diebstahles mit der Diebstahlsstrafe. Wohl erstrebt sie gleichzeitig die Ausgleichung des dem Bestohlenen widerfahrenen Vermögensschadens durch Rückgewährung des gestohlenen Gutes. Das hat sie aber mit der eigentlichen Diebstahlsklage gemein.[22]) Die beiden Klagen unterscheiden sich nicht durch das Ziel, sondern bloß dadurch, daß sie demselben Ziele auf verschiedenen Wegen zustreben. Die Diebstahlsklage greift den Beklagten unmittelbar und ausdrücklich als Dieb an, die Gewerebruchsklage sucht dagegen die Bestrafung des Diebes auf einem Umwege zu erreichen.[23]) Es ist in der Natur des Diebstahles begründet, daß der Bestohlene, um den Dieb zu ermitteln, zunächst festzustellen sucht, wo die Sache sich gegenwärtig befindet. Denn beim Diebstahl ist der Täter meistens unbekannt; zudem ist im germanischen Recht gerade Heimlichkeit der Begehung Tatbestandsmerkmal.[24]) Bei der Gewerebruchsklage greift der Bestohlene daher den Inhaber der Sache an mit der Begründung: „Entweder bist du der Dieb oder du sagst mir, von wem du die Sache hast". Der Kläger will also hier wenn nicht in dem derzeitigen Inhaber so in einem Vormann den Dieb ermitteln.[25]) Die Diebstahlsklage kommt namentlich in Betracht, wenn der dem Bestohlenen bekannte Dieb die Sache verbraucht, vernichtet oder veräußert hat oder sie verborgen hält.

Der strafrechtliche Grundzug der altgermanischen Gewerebruchsklage ging auch auf die Klage um entwerte Fahrnis *(action de chose emblée)* des mittelalterlichen französischen Rechtes über. Auch sie enthält eine Diebstahlsbeschuldigung und zwingt den Besitzer, sich vom Diebstahlsverdacht zu reinigen, wenn er nicht der Strafe des Diebstahls ver-

---

[21]) London S. 14 ff., 30 ff.; Jobbé-Duval S. 19 ff.; Rauch, Spurfolge und Anefang S. 45 ff.; Alfred Schultze, SavignyZ. (GA.) 29 432.

[22]) London S. 266; vgl. z. B. Gewohnheit von Castel-Amouroux und Saint Pastour en Agenais (1287 und 1289) Art. 22. NRH. 12 93.

[23]) Rauch, Spurfolge und Anefang S. 47.

[24]) London S. 65.

[25]) Brunner 2 495 f.

fallen will.[26]) Doch ist diese Beschuldigung nur eine mittelbare; der Kläger behauptet nur: „Diese Sache, die in deinem Besitze war, ist mir gestohlen worden",[27]) ohne den Beklagten ausdrücklich des Diebstahls zu bezichtigen.[28]) Im Gegensatz dazu erhebt die Diebstahlsklage *(action de vol)* des französischen Mittelalters eine unmittelbare Diebstahlsbeschuldigung gegen den Beklagten; der Kläger wirft ihm vor: „Du hast mir diese Sache gestohlen".[29]) Demgemäß ist auch das Verfahren bei der Diebstahlsklage strenger und gefährlicher als bei der Klage um entwerte Fahrnis. So darf nach einigen Quellen, wie Beaumanoir, der Angeklagte bei der Diebstahlsklage nicht auf den Gewähren ziehen,[30]) und es verwirkt bei dieser Klage nicht nur

---

[26]) Freiheit von Amiens Art. 31: „. . . . ille qui accusabitur . . . . hoc pro quo accusabitur . . ." Assisen von Jerusalem C. d. B. 256: „Don te veili je aver ataint come lierre . ." Las costumas de la vila de Bordeü § 18: „Quar si no lo mostrara fere tingut per layron. Gewohnheit von Bayonne 102: „. . . sera quitis dou crim." Vgl. Normannischen Rechtsspruch aus dem Ende des 14. Jhd. (NRH. 35 202, Spruch Nr. 7): . . . li achetour (Käufer der gestohlenen Sache) . . . sera pendu, se il ne peut prouver que il l'achetast en plain marchie ou en plaine foire. Vgl. ferner Jobbé-Duval S. 112 ff.

[27]) Etabl. de Saint Louis II, 18 (Viollet 2 392): „Sire, ceste chose m'a esté amblée et sui touz prez de jurer sor sainz de ma bouche et de ma main, que je ne fis onques chose par coi j'en perdisse la saisine." Gewohnheit von Bergerac 105 (B. d. R. 4 1029): . . . si aliquis veniat qui dictam rem emptam asserat sibi fore furatam . . ." Las Costumas de la vila de Bordeü § 18 (Jobbé-Duval S. 127 Anm. 2): „Tu as et tens mon cabal qui m'es estat panat." Jobbé-Duval S. 127.

[28]) Las Costumas de la vila de Bordeü § 18: „Et io ne dic per cuy."

[29]) Etabl. de Saint Louis II, 13 (Viollet 2 360): Se aucuns acuse aucune persone de larrecin il . . doit nomer le larrecin, se ce est chevaus ou robe ou gages d'argent et doit dire en tel maniere: „je me plain de tel home . . . qui m'a amblé tel chose et puis le larrecin je l'en ai veu en saisine." Livres de Jostice et de Plet XIX, 14 § 21: Uns hons si dit issi: „Gaubert m'a emblié un mien cheval an larrecin et l'emmena sanz mon seu et sans mon veu à tel jor, et vit sési et ert ce cheval pomelez". . . Assisen von Jerusalem C. d. B. 252 (Beugnot 2 188): Sire Michel si vint en la cort et dist: „Sire, je me clains à vous de sire Robert qui menbla se cheval qui mien fu et je por ce l'en veill aver ataint comme lierre, se la cort l'esgarde" . . . Jobbé-Duval S. 108. Ueber den entsprechenden Gegensatz der Klagformeln bei der Diebstahls- und bei der Anefangsklage im angelsächsischen Recht vgl. Brunner 2 496 Anm. 2.

[30]) Beaumanoir § 1047 (Salmon 2 27; Beugnot XXXIV, 45): Car de cas de crime dont l'en puist perdre vie ne membre et dont on est acusés droitement, on ne se puet passer pour avouer garant, car

der unterliegende Angeklagte, sondern auch der unterliegende Kläger die Diebstahlsstrafe (Leibes- oder Lebensstrafe).[31])

Die Klage um entwerte Fahrnis ist eine Anefangsklage,[32]) d. h. der Bestohlene leitet sie in förmlicher Weise ein durch Anfassen der Sache mit nachfolgender Beschlagnahme.[33]) Jobbé-Duval vermutet, daß der Entwerte ursprünglich die Fahrnis dem Inhaber wegnehmen und sie bis zur gerichtlichen Verhandlung bei sich verwahren durfte,[34]) indes erlaubt die Dürftigkeit der Quellen keinen sicheren Schluß. In

---

pluseur pueent estre acusé d'un meisme fet. Dagegen gestatten die Assisen von Jerusalem C. d. B. 252 (Beugnot 2 188) auch dem mit der Diebstahlsklage Angeklagten den Gewährenzug.

[31]) Ueber das Verfahren bei der Diebstahlsklage im einzelnen siehe Jobbé-Duval S. 107 ff.; Brissaud 2 1209 Anm. 1.

[32]) Ueber den Gegensatz von Anefangsklage und schlichter Klage vgl. Laband S. 57, S. 90 ff.; Stobbe-Lehmann 2, 1, 255 Anm. 9; H. Meyer, Entwerung S. 80 ff.; Franken S. 310 Anm. 3; Hermann S. 25; Jobbé-Duval S. 123 ff.; Poincaré S. 60; Glasson 7 253 ff. Siehe auch unten § 8 II.

[33]) Die Förmlichkeit des Anefangs war der schlichten Strafklage, der Diebstahlsklage fremd.

[34]) Jobbé-Duval S. 116 und 119. Er führt u. a. an die von Du Cange in seinem Glossar unter dem Stichwort Abandum erwähnte Stelle der Charte communale de Ham: „Si quis de communia suum habandum capere voluerit non illud capiat nisi duobus testibus adhibitis“ und eine Stelle der Charte de la paix de Valenciennes (1114): „S'aucuns arreste son abandon et on le contredist, li omme de la pais le doivent aidier et quand il ert saizis de son abandon, s'il le peut loiaument prouver, si le tiegne; et se ce non, si le renge à celui cui il avoit arrestes avec 11 s. de lois et doit jurer kil le cuidoit bien et à loi avoir arrester,“ er gibt aber selbst zu, daß die von ihm unterstellte Deutung des Wortes „habandum“, „abandon“ als „bien égaré“ sehr zweifelhaft und umstritten ist (a. a. O. S. 119 Anm. 4). Dare in abandonum kommt auch vor in den Bedeutungen a) = obligare, oppignare [hypothequer, donner pour assurance] und b) = abandonner, preisgeben. Vgl. Du Cange, Ausgabe von Favre, Niort 1883, unter abandum, sowie Franken S. 32. Beweiskräftiger scheint die Bezugnahme auf Buch 2 Kap. 31 der Satzungen von Marseille (Jobbé-Duval S. 122 Anm. 4): Et liceat authoritate hujus capituli dicto petenti rem illam detineri authoritate sua vel facere detineri authoritate sua et custodiri absque alia violencia donec res dicte curie Massilie sit adducta vel presentata aut quosque detinens rem predictam caverit inde ydonee dicto petenti se pariturum juri in dicta curia de predicta re ad cognitionem illius curie vel voluntatem. Siehe ferner Lex Burg. 83, 1, wonach der Anefangskläger das Recht hat, die angeschlagene Fahrnis bis zum Gerichtstag vorläufig in Besitz zu nehmen, wenn der Bekl. außerstande ist, durch Bürgschaft die Erfüllung seiner Verpflichtung, die Sache und den Gewährsmann vor Gericht zu bringen, sicherzustellen. Rauch, Spurfolge und Anefang S. 112 f.

späterer Zeit jedenfalls konnte der Kläger zwar die beanspruchte Sache ohne vorherige richterliche Erlaubnis beschlagnahmen, doch kam die Sache bis zur Erledigung des Rechtsstreites in gerichtliche Verwahrung.[35]) Als weitere Förmlichkeit bei der Erhebung der Anefangsklage kennen zahlreiche Quellen die Niederlegung von 4 Denaren auf die verfolgte Fahrnis.[36]) Der Kläger legt die 4 Denare in dem Augenblick nieder, wo er die Klagformel vor Gericht ausspricht. Diese Geldstücke fallen damit endgültig dem Gerichtsherrn oder seinem Stellvertreter zu. Die Niederlegung der 4 Denare verfolgt wohl den Zweck, die Haftung des Klägers für die ihn im Falle der Klageabweisung treffende Buß- und Kostenschuld zu begründen.[37])

---

[35]) Nach den Assisen v. Jerus. H. C. Jean d'Ibelin 131 (siehe oben Anm. 3) kann der Berechtigte die abhanden gekommene Fahrnis bei dem Inhaber beschlagnahmen und vor den Gerichtsherrn bringen. Ist die Beschlagnahme dagegen nicht möglich, so verbietet der Kläger dem Inhaber im Namen des Gerichtsherrn, bis zur Entscheidung des Gerichtes über die Sache zu verfügen, und nach der Erhebung der Klage fordert der Richter den Beklagten auf, die Fahrnis dem Kläger herauszugeben oder sie während des Rechtsstreites in gerichtlichen Gewahrsam zu überliefern. Vgl. daselbst Jacques d'Ibelin 54 (Beugnot 1 465). Eingeschränkt ist die Sequestration im Livre des Droiz 776 (Beautemps-Beaupré 2 205) auf den Fall, daß der Beklagte unter fremder Gerichtsbarkeit wohnt oder ein verdächtiger Mensch ist. Siehe auch ebenda 247 (1 406).

[36]) Etabl. de Saint Louis II, 18 (Viollet 2 391): Se aucune persone siut aucune chose qui li ait esté amblée et il l'entierce por amblée il doit metre IV d. dessus la chose . . . und II, 13 (Viollet 2 361). Livres de Jostice et de Plet XIX, 35 § 1 (Rapetti S. 309): Se aucuns baille aucune chose en gages et ele soit emblée et cil qui la chose est l'antierce por emblée et meste quatre deners d'entierz . . . . Varin, Archives administratives de Reims 1 1. Teil S. 1061 (Jobbé-Duval S. 130 Anm. 1): „Item . . . . quod si aliqua res est entiercée in banno S. Remigii, que fuerit ablata violenter vel furata, ille qui requirit eam tamquam suam, solvit quatuor denarios vicecomiti archiepiscopi pro eo que il a entiercé. Die Gewohnheit von Amiens erwähnt die Niederlegung von 13 Denaren. Art. 76: Chi parole de chose enterchie por emblée et cil qui la chose claime paie treize deniers de l'arester. Art. 77: Chi parole de larechin prové. De rechef s'on prent larron ou larrenesse por tant qu'il soit prové de larrechin, tout lor catel sont au roi. Et s'il avient chose qui li ait esté emblée et il trueve le larron saisi por tant qu'il s'en fache créables, il a le sien, sans payer enterchement; car li lerres qui on tient est li entercherres et li lerres est à jugier au maior et as eskievins (Jobbé-Duval a.'a. O.). Vgl. ferner Jobbé-Duval S. 116 ff., 130 ff., Poincaré S. 58, Glasson 7 243 ff., Viollet, Et. de S. Louis 1 223. Verwandte Bestimmungen im Stadtrecht von Burgdorf 186 (Gaupp, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters 2 140 ff.) und im Freiburger Stadtrecht von Zasius (siehe H. Meyer, Entwerung S. 57).

[37]) Vgl. Jobbé-Duval S. 135; a. A. Laband S. 126, der die

Die Klage um entwerte Fahrnis des französischen Mittelalters ist nur noch eine abgeschwächte Strafklage. Die Entwickelung geht dahin, sie allmählich in eine bürgerlich-rechtliche Herausgabeklage umzuwandeln. Die Klage nimmt mehr und mehr bürgerlich-rechtliche Züge in sich auf, die Sachverfolgung wird stärker betont und umgekehrt tritt in der Verteidigung der Gedanke der Sachverteidigung mehr hervor.[38]) Die fortschreitende Abschwächung des strafrechtlichen Gehaltes äußert sich auch darin, daß vereinzelte Quellen bei der Anefangsklage für den unterliegenden Teil anstelle der körperlichen Diebstahlsstrafe eine bloße Geldbuße festsetzen.[39])

Ganz abgestreift sind die strafrechtlichen Züge anscheinend bei der Klage um abhanden gekommene Fahrnis *(action de chose adirée)*, die als Spielart der Gewerebruchsklage in den Assisen von Jerusalem und im normannischen Recht begegnet. Sie galt zunächst nur für verlorene Fahrnisse, doch war sie — mindestens im englisch-normannischen Recht — auch

---

kleine Geldsumme als bloße Gerichtskosten für die Erhebung der Anefangsklage betrachtet. Aehnliche Bestimmungen: Livre des Droiz et des Commandemens 799: Et gagerait l'amende à la cour. Gesetze Wilhelms des Eroberers I, 21 (Schmid, Gesetze der Angelsachsen S. 336): De entercement de vif aveoir, ki l'voldrad clamer pur embled e voldrad duner gunage e truver plege a parsuire sun apel, dunc estuvera celui ki l'avera entre mains, numer son garant s'il l'ad.

[38]) Siehe § 4 B. Das Erstarken des bürgerlichrechtlichen Bestandteiles der Klage zeigte sich besonders in den Fällen, wo der Kläger die Bestrafung des Diebes nicht erreichte, aber gleichwohl die Herausgabe der Sache erzwang, so namentlich in dem Falle des Kaufes vom Unbekannten und des beschränkten Gewährszuges. A. Schultze, SavZ. (GA) 29 432 ff.

[39]) Etabl. de Saint Louis 1 95 (Viollet 2 160) über den Zweikampf zwischen dem Kläger und dem an die Stelle des ursprünglichen Beklagten in den Prozeß eingetretenen Gewähren: . . Et cil qui sera vaincuz si ne perdra ja ne vie ne manbre por ce qu'il ne s'entr'apelent pas de traïson ne de murtre ne de larrecin en chief; mais cil qui sera vaincuz si paiera à l'autre son champ tout quanque il avra couté en chief et les couteors dou jor que la bataille avra esté jugiée, mais il ne metra riens en autres couz et si fera le droit à la joutise de LX s. Ebenso Livre des Droiz 109 (Beautemps-Beaupré 1 362). Charte de commune paix de Valenciennes (Jobbé-Duval S. 114 Anm. 2): S'aucuns acate cose tolue ne reubiée et il en est convaincus par le tesmoignage de 11 omes de le pais, il perdera le catel et amendera ce meffait de XX s. au service le conte et le cancelier de le pais: et s'il n'en puet ensi estre convaincus, se clains en est fais, il s'en purgera par tierce main.

zur Verfolgung gestohlener Fahrnisse zulässig.[40]) Sie enthält weder unmittelbar noch mittelbar noch alternativ eine Diebstahlsbeschuldigung und ist daher eine rein bürgerlich-rechtliche Klage. Im französischen Recht hat sie nur eine untergeordnete Rolle gespielt. Das mag auf den ersten Blick auffallen; scheint doch die ganze Entwickelung der mittelalterlichen französischen Gewerebruchsklage in eine derartige rein bürgerlich-rechtliche Klage aus Entwerung ausmünden zu wollen. Indes ist dieser natürliche Werdegang, wie später zu zeigen sein wird, jäh unterbrochen worden infolge des Einströmens des römischen Rechtes, das zwar in Frankreich allgemein die Scheidung von Strafklagen und bürgerlich-rechtlichen Klagen durchsetzte, gleichzeitig aber auch die römisch-rechtliche Eigentumsklage einbürgerte.

Je mehr sich die Beziehungen zwischen der Diebstahlsklage und der Klage um entwerte Fahrnis lockerten und die strafrechtliche Natur der letzteren sich abschwächte, desto näher kamen sich die Anefangsklage und die schlichte bürgerliche Klage. Im Gewande der schlichten bürgerlichen Klage erscheinen die Klage um anvertraute Fahrnis und der Anspruch des Verlierers gegen den Grundherrn auf Herausgabe der an diesen abgelieferten Fundsache.[41]) Dagegen ist die Klage um abhanden gekommene Fahrnis (action de chose adirée) keine schlichte Klage, da sie in förmlicher Weise durch Anefang eingeleitet wird.[42]) In Ansehung entwerter Fahrnisse scheint die

---

[40]) Assisen von Jerusalem H. C. Jacques d'Ibelin 54 (Beugnot 1 465): Se un home a maladiré aucune soe chose, il la peut arester quelque part que il la truisse et amener devant la justice. Et se il se claime par l'assise come de chose maladirée, il deit jurer sur sains que il na l'a prestée ne vendue ne donée ne alienée en aucune maniere, ainz li a esté preuprement maladirée. Et deit avoir deus garenz qui facent ce que garenz deivent faire, que il le virent saisi et tenant come dou sien, et ce faisant il recuevra la soe chose. Daselbst H. C. Jean d'Ibelin 131 (Beugnot 1 205); siehe oben Anm. 3. Das Große normannische Rechtsbuch führt in c. 87 § 5 unter den Fahrnisklagen die querela de adirato auf (Tardif 2 210). Nach Fleta I, 36 (Houard, Traités 3 118 ff.) kann der Bestohlene „petere rem suam criminaliter ut furatam" oder „civiliter ut addisratam quamvis furatam". Siehe ebenda II, 1 § 5 (Houard 3 140), sowie Britton I, 15 (Houard a. a. O. 4 40): . . . suer sa chose comme adirre . . . Vgl. auch Brunner 2 495 Anm. 1, Jobbé-Duval S. 93 ff. und 159 ff., Brissaud 2 1208, Glasson 7 234 ff., Poincaré S. 65 ff.

[41]) Ueber letzteren vgl. die Ausführungen oben I, 2.

[42]) Es ist daher irrig, wenn Jobbé-Duval S. 95 Anm. 5 die action de chose adirée der schlichten Klage des deutschen Mittelalters gleichstellt.

schlichte bürgerliche Klage erst sehr spät aufgekommen zu sein. Sie hatte für den Bestohlenen den Nachteil, daß der derzeitige Besitzer während des Rechtsstreites über die Fahrnis verfügen konnte, da sie nicht in gerichtlichen Gewahrsam kam. Auch war der Beklagte bei der schlichten Fahrnisklage befugt, den Klaganspruch ohne Angabe von Gründen zu bestreiten, während er der Anefangsklage nur unter Vorbringen von Gründen entgegentreten durfte.[43]) Doch war der Berechtigte auf die schlichte Klage angewiesen, wenn der Beklagte die Sache verborgen hielt oder vernichtet hatte, so daß Anefang und Beschlagnahme nicht stattfinden konnte.

III. Die Streitteile.

1. Klagberechtigt[44]) ist der Entwerte, also nicht notwendig der Eigentümer, sondern unter Umständen der Pfandgläubiger, Verwahrer, Entleiher usw., und zwar regelmäßig dann unter Ausschluß des Eigentümers. Der Eigentümer kann anvertraute Fahrnisse grundsätzlich auch dann nicht in die dritte Hand verfolgen, wenn sie dem Vertrauensmann gestohlen werden.

Beaumanoir geht auch hier von dem heimischen Gewohnheitsrecht aus, gestaltet es aber im einzelnen selbständig um:[45]) „*Nus ne puet autrui suir de larrecin, se la chose ne li a esté emblee ou s'il n'a damage en ce qu'autres la perdi.*" Darnach sind zur Erhebung der Klage berechtigt:

a. Die Personen, welche zur Zeit der Entwerung die Fahrnis in ihrer Gewere hatten:

α) der Entleiher, *car s'il ne queroit qu'il la reust, il convenroit qu'il restorast le damage a celi qui li presta;*

β) der Verwahrer, falls *il ne perdi fors ce qu'il avoit en garde, car il est tenus a rendre la a celi qui en garde li bailla, puis qu'il ne perdi riens du sien;*

γ) der Mieter, *car il est tenus a rendre la chose qui li fu louee o tout le louage qui fu convenanciés;*

---

[43]) London S. 113, 144 ff.

[44]) Laband S. 111, Franken S. 312 ff., Gierke DPR. 2 554, Müller-Erzbach im ArchZivPrax. 109 133, Rauch, Spurfolge und Anefang S. 40 ff., Jobbé-Duval S. 100, Poincaré S. 52; siehe ferner unten § 5 II.

[45]) Beaumanoir §§ 951 und 952 (Salmon 1 482; Beugnot XXXI, 15 und 16).

b) Nichtgewereinhaber, die Schaden erleiden:

α) der mutmaßliche Erbe des Entwerten, *car ele* (die gestohlene Fahrnis) *li puet venir;*

β) der Hinterleger und Verleiher, doch verliert er durch Erhebung der Klage um entwerte Fahrnis gegen den Inhaber der Sache das Recht, den Verwahrer und Entleiher mit der Klage um anvertraute Fahrnis in Anspruch zu nehmen, *car il ne puet pas l'un poursuir de chose prestee ou baillie en garde et l'autre de larrecin d'une meisme chose;*

γ) der Vermieter, jedoch nur im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Mieters.[46])

2. Beklagter ist der gegenwärtige Inhaber der Fahrnis, gleichviel ob Dieb oder redlicher Erwerber.[47]) Die Klage scheitert regelmäßig, wenn der Beklagte die Sache inzwischen weiter gegeben hat. Doch ist gegen ihn strafrechtliche Verfolgung möglich, wenn er beim Erwerb wußte, daß die Sache gestohlen war;[48]) vereinzelt geben die Quellen dem Entwerten neben der Klage gegen den derzeitigen Inhaber auch einen Herausgabe- oder Schadensersatzanspruch gegen einen unredlichen Vormann des gegenwärtigen Besitzers.[49])

---

[46]) Parallele im gleichzeitigen Schwabenspiegel (Laßb.) 230; siehe auch die Handschriftenvariante bei Gengler, Schwabenspiegel 191 und dazu A. Schultze, Gerüfte und Marktkauf S. 46. Vgl. zur Frage der Klagberechtigung auch noch de Fontaines XX, 10 (Marnier S. 216), der dem Gastwirt ein Klagrecht gewährt, wenn eingebrachte Sachen des Gastes entwendet worden sind: Quant les choses sont emblées chief l'ostelier, bien en puet pleidier l'osteler come de larrecin s'il vielt, puisque li périlz des choses emblées apartienent à lui, puisqui li convient rendre, l. IV D. Naut. caup. stab. Fleta I, 37 (Houard, Traités 3 126): . . . Eodem modo poterit quis appellare de rebus alienis de custodia sua illatis, adiecta tamen quod ipse custos intravit in solutionem de tanta pecunia erga dominum suum; nam sine causa non interest eius appellare. Myrror of Justice II, 16 (Houard 4 552): De appeles de robbery et de larrecin: . . . . En cestes actions courent deux droits, le droit de la possession, come est de chose robbée ou embley hors de la possession celuy que rien nad en le droit de la property, come est de chose prestée, baillée ou laissée; et le droit de la property, come est de chose emblée ou robbée de la possession de celuy à qui la property de la chose est.

[47]) Laband S. 58 ff.

[48]) H. Meyer, Entwerung S. 85.

[49]) Assisen von Jerusalem, C. d. B. 234 (Beugnot 2 162). Beaumanoir § 739 (Salmon 1 380; Beugnot XXV, 22).

§ 4.

3. Die Verteidigung des Beklagten im Anefangsverfahren.[1])

Die allmähliche Wandlung der Natur der Anefangsklage tritt auch in den Verteidigungsmitteln zutage, die das Recht dem Beklagten zur Verfügung stellt. Solange die Klage reine Strafklage war, ist die Verteidigung des Beklagten ausschließlich oder doch vorwiegend auf die Abwehr der Strafverfolgung zugeschnitten. Im Laufe der Zeit verlegt sich der Schwerpunkt der Verteidigung immer mehr in die Abwehr der Sachverfolgung. Demgemäß kennen die Quellen des französischen Mittelalters eine doppelte Art der Verteidigung: Entweder beschränkt sich der Beklagte darauf, sich vom Diebstahlsverdacht zu reinigen (reine Strafverteidigung) oder er tritt dem Herausgabeanspruch des Klägers selbst dauernd oder zeitweilig entgegen (Sachverteidigung).

A. Reine Strafverteidigung.

Hier bekämpft der Beklagte nicht die Behauptung des Klägers, daß die mit Anefang belegte Sache dem Kläger gestohlen worden sei; vielmehr ist er bereit, die Sache herauszugeben, und erbietet sich lediglich zum Nachweis seiner Unschuld.

I. Der Gewährenzug.[2])

Vom Diebstahlsverdacht kann sich der Beklagte in erster Reihe durch den Zug auf seinen Gewähren befreien. Dieses wichtigste Verteidigungsmittel des Beklagten, das dem Verfahren das Hauptgepräge verleiht, ist strafprozessualen Ursprunges. Sein Zweck ist Abwälzung des Diebstahlsverdachtes durch Abwälzung der Sache, welche die Trägerin dieses Diebstahlsverdachtes ist. Doch dient der Gewährenzug nicht nur der Abwehr, sondern auch dem Angriff: Er soll den Kläger in

---

[1]) Laband S. 118 ff.; Bruns, Recht des Besitzes im Mittelalter S. 311 ff.; London S. 151 ff.; Gierke, DPR. 2 555 ff.; H. Meyer, Entwerung S. 85 ff.; Publizitätsprinzip S. 65 ff.; A. Schultze, Gerüfte und Marktkauf; Publizität und Gewährschaft im deutschen Fahrnisrecht; Die Bedeutung des Zuges auf den Gewähren im Anefangsverfahren. Jobbé-Duval S. 137 ff.; Poincaré S. 61 ff.; Glasson 7 234.

[2]) London S. 179 ff.; Laband S. 124; A. Schultze, Die Bedeutung des Gewährenzuges im Anefangsverfahren; Jobbé-Duval S. 143 ff.; Rauch, Gewährschaftsverhältnis und Erbgang nach älterem deutschen Recht (Festgabe für Karl Zeumer, 1910, S. 529 ff.); Gillis, Gewährschaftszug und Laudatio auctoris (Gierke, Unters. 118).

den Stand setzen, den Dieb, wenn nicht in der Person des Erstbeklagten, so doch in der Person eines der Vormänner des gegenwärtigen Fahrnisbesitzers zu ermitteln und auf diesem Wege von dem unbekannten Täter die Sühne für den verübten Friedensbruch zu erlangen. Deshalb ist der Beklagte gezwungen, seinen Vormann zu nennen und zu stellen, wenn er nicht selbst als Dieb gelten will, und es ist der Gewährsmann verpflichtet, anstelle des ursprünglich Beklagten in den Rechtsstreit einzutreten. Daß der Erstverklagte ausscheidet, ist vom Standpunkt der Sachverteidigung aus betrachtet geradezu zweckwidrig. Es läßt sich diese Eigentümlichkeit des germanischen Anefangsverfahrens[3]) nur aus dem strafrechtlichen Ursprung der Anefangsklage erklären; sie macht es dem Entwerten möglich, die Kette der Personen wiederherzustellen, durch deren Hände die gestohlene Fahrnis gegangen ist, und den letzten in der Reihe des Diebstahls zu überführen, wenn er sich über den Erwerb der Sache nicht auf andere Weise ausweisen kann.[4]) So geht die Sache den Weg zurück, den sie vorher durch Rechtsgeschäft vorwärts gegangen war.[5])

Gewähre ist die Person, von welcher der Beklagte die Sache erhalten hat, „*celui de qui il l'ot*“,[6]) gleichviel ob kauf-, tausch- oder schenkweise, als Pfand[7]) oder bloß leihweise[8]) oder mit dem Auftrag, die Fahrnis zu verkaufen.[9])

Der Gewährenzug beginnt damit, daß der Beklagte seinen Vormann benennt und sich einen „jour de garant“ vom Gericht

---

[3]) Dieser Hauptunterschied zwischen der römischen und der germanischen Gewährschaft ist treffend ausgedrückt in der Glosse zum Ed. Rothari c. 231 (Mon. Germ. hist. leg. sect I 4 357): . . . . Nam si actio in rem fuerit et possidens auctorem habuerit, non exercetur ea actio contra tenentem, sed potius contra auctorem. Et secundum veteres fit hoc, quos hic sequitur, quia Langobardus semper dat auctorem et numquam stat loco auctoris, at Romanus semper stat loco auctoris et numquam auctorem dat.

[4]) London S. 184 ff.; Lex Rip. 72 c. 1 bestimmt, daß die Sache beim Gewährenzug so lange „de manu in manu ambulare debit, usque dum ad ea manu venit qui eum inlicito ordine vindedit vel furaverit“.

[5]) Sohm, Prozeß der Lex Sal. S. 113.

[6]) Assisen von Jerusalem, H. C. Jean d'Ibelin 131 (Beugnot 1 205).

[7]) Beaumanoir § 740 (Salmon 1 381; Beugnot XXV, 23).

[8]) Beaumanoir § 1116 (Salmon 2 72; Beugnot XXXVII, 3).

[9]) Assisen von Jerusalem, C. d. B. 256: . . . „Sire ytel home, sire Martin le [= aver, Fahrnis] me bailla à vendre“.

erbittet.[10]) Nach französischem Recht muß, wie schon nach Lex Sal. 47 und Lex Rib. 33, 1 der Beklagte den Gewähren selbst vor Gericht stellen.[11]) Hierfür gewährt ihm das Gericht eine Frist. In einzelnen Quellen ist die Dauer dieser Frist gesetzlich bestimmt; so sieht die Gewohnheit von Clermont-Dessus (1262) eine achttägige Frist vor, wenn der Gewähre im Gerichtssprengel wohnt, dagegen die richterliche Bestimmung einer angemessenen Frist, wenn es sich um einen auswärtigen Gewähren handelt.[12]) Nach den meisten Quellen setzt jedoch der Richter in allen Fällen die Frist nach seinem Ermessen fest; er bemißt sie kürzer oder länger, je nach der Entfernung des Aufenthaltsortes des Gewähren vom Gerichtssitz. Ueber Jahr und Tag hinaus wird diese Frist regelmäßig nicht erstreckt. Der Beklagte, der eine lange Frist begehrt, muß einen Gefährdeeid leisten.[13]) Das Gericht unterstützt den Beklagten bei der Herbeischaffung des Gewähren, indem es dem letzteren befiehlt, vor Gericht zu erscheinen und sich über die angebliche Gewährschaft zu äußern; ist der Gewähre nicht der Gewalt des Gerichtsherrn des Prozeßgerichts unterworfen, so hat sich dieser an den Gerichtsherrn des Gewähren zu wenden

---

[10]) Beaumanoir § 1046 (Salmon 2 26; Beugnot XXXIV 44): Quant aucuns demande a aucun aucune chose et cil dit, contre qui la demande est fete, qu'il en a bon garant, il doit nommer le garant et le lieu la ou li garans maint, et dire la cause pour quoi il l'en doit porter garant. Etablissements de Saint Louis I, 95 (Viollet 2 156): . . . Et s'il avenoit que il [Bekl.] deist: „ceste chose sai je bien de cui je l'ai achetée et en avrai bien mon garant au terme nomé", il doit avoir terme . . .

[11]) Dagegen muß nach sächsischem Recht der Kläger dem Beklagten folgen (Ssp. II, 36 § 5). Praktischer Unterschied: Der Rechtsstreit wird hier in dem Gericht des Vormannes fortgesetzt, während nach französischem Recht das einmal angerufene Gericht zuständig bleibt. Laband S. 126 ff.; London S. 239.

[12]) Gew. von Clermont-Dessus, Art. 21 (NRH. 5 61 ff.). Ebenso Gew. von Larroque-Timbaud § 20 (RH. 10 155). Vgl. auch Schwabenspiegel (Laßberg) 317.

[13]) Großes normannisches Rechtsbuch c. 49 § 4 (Tardif 2 131): Vocato autem garando debet dies habendi eum in curia competens assignari et advocatus debet interim garantum requirere ut cum ipso ad curiam accedat ipsum garantizaturus die sibi assignato. Glanvilla III, 1 (Houard Traités 1 423): . . . tunc rationabilis dies ponetur ei in curia ad habendum ibi warrantum suum. Abstufung der Frist: Beaumanoir § 1046 (Salmon 2 26; Beugnot XXXIV, 44) und § 1071 (Salmon 2 40; Beugnot XXXIV, 65).

mit der Bitte, seinen Untertanen zum Erscheinen vor dem Prozeßgericht zu zwingen.[14])

In der Tagfahrt, die zur Gestellung des Gewähren bestimmt ist, gestaltet sich der weitere Verlauf des Anefangsverfahrens ganz verschieden, je nach dem Verhalten des Gewähren. Es ergeben sich folgende Möglichkeiten:

1. Der Gewähre ist ordnungsmäßig geladen worden.

a) Er bleibt gleichwohl aus. Dann verliert der Beklagte noch nicht ohne weiteres den Rechtsstreit, vielmehr wird ihm auf Antrag eine neue Frist gewährt, um seinen Vormann erforderlichenfalls zwangsweise zu stellen.[15]) In der Normandie wurde gegen den säumigen Gewähren unmittelbarer Zwang ausgeübt, um sein Erscheinen zu erzwingen.[16]) Nach anderen Quellen wurde der trotz ordnungsmäßiger Ladung ausgebliebene Gewähre als Dieb verurteilt und der Beklagte freigesprochen.[17]) Der Beklagte muß beim endgültigen Ausbleiben des Gewähren zwar die Fahrnis an den Kläger herausgeben, der Gewährenzug wahrt ihm jedoch den Rückgriff gegen den Gewähren.[18])

b) Der Geladene erscheint, erkennt aber seine Gewährschaft nicht an.[19]) Hier entspinnt sich ein Zwischenstreit zwischen dem Beklagten und dem angeblichen Gewähren. Der Beklagte steht vor der Wahl, entweder den Ge-

---

[14]) Beaumanoir § 1046 (Salmon 2 26; Beugnot XXXIV, 44), § 1048 (Salmon 2 27; Beugnot XXXIV, 46).

[15]) Beaumanoir § 1070 (Salmon 2 39; Beugnot XXXIV, 64).

[16]) Aeltestes Landrecht der Normandie (Marnier S. 70): „Il sera justiciez tant que illi i viegne et le garantisse".

[17]) Usages et stilz de la mairie, prévosté, eschevinage d'Amiens, Art. 49 (Thierry, Documents pour servir à l'histoire du tiers Etat 2 534): „Et après icelle veue faite, peult demander délay de garand, qui est de huitaine, pendant laquelle il poeult faire adjourner sondit garand et le contumasser par deux ajournements". Vgl. auch Lex Sal. 47 § 2 und London S. 249 ff.

[18]) Beaumanoir § 1048 (Salmon 2 27; Beugnot XXXIV, 46): Der ausbleibende Gewährsmann „est tenus en tous les damages que l'empledié a par la defaute de sa garantise".

[19]) Beaumanoir § 1046 (Salmon 2 26; Beugnot XXXIV, 44): „De ce ne vous porterai je ja garant, car de moi ne par moi n'eustes vous onques la chose de quoi l'en vous poursuit". Assisen von Jerusalem, C. d. B. 256: „Non place Des que je ja li baillasse a vendre cestui aver". Siehe auch London S. 188 ff., 244 ff.

währen als Dieb zu überführen oder selbst als Dieb zu gelten. Er beweist die Gewährschaft bald durch Zeugen, bald durch Zweikampf. Siegt er, so kann er Erstattung des Kaufschillings usw. verlangen, und der Vormann wird des Diebstahls schuldig gesprochen. Unterliegt er, so wird er verurteilt, ohne daß ihm — wenigstens im älteren Recht — gestattet ist, auf andere Beweismittel zu greifen.[20])

c) Der Gewähre erscheint und bejaht seine Gewährschaft. In diesem Falle scheidet der Beklagte aus dem Verfahren aus, er ist von dem Diebstahlsverdachte befreit.[21]) An seiner Stelle tritt der Gewähre in den Rechtsstreit ein und erhält von seinem Rechtsnehmer die Fahrnis zurück gegen Rückerstattung des Kaufschillings.[22])

---

[20]) Zeugenbeweis: Assisen von Jerusalem, C. d. B. 252 (Beugnot 2 188 ff.): . . . Mais se le sire Marc de Jerusalem [der angebliche Gewähre] née que il ne vendy celui chevau à sire Robert [Bekl.] et sire Robert en a deus garens qui fassent que leaus garens, que sire Marc li vendy celuy cheval, la raison juge et comande à juger enci ytel plait que celuy Marc est ataint come lierres provés, por ce quei il nea et Robert ot garenti si coume il dut. Mais ce Robert n'en a les garens, si come est devisé desus, que celuy li vendist le cheval, Robert det estre atant ataint come lierre provés por ce que autre li avet vendu et por ce qu'il estet encores tenant dou larecin c'on li demandet. Daselbst H. C. Jean d'Ibelin 131 (Beugnot 1 205). Zweikampf: Beaumanoir §§ 940 (Salmon 1 477; Beugnot XXXI, 4), 1046 (Salmon 2 26; Beugnot XXXIV, 44), 1815 (Salmon 2 419; Beugnot LXIII, 8). Glanvilla III, 1 (Houard, Traités 1 424).

[21]) Assisen von Jerusalem, C. d. B. 252 (Beugnot 2 189): Der Beklagte, der seinen Gewähren herbeischafft, est quite de seluy larecin. Beaumanoir § 1047 (Salmon 2 27; Beugnot XXXIV, 45): Quiconques trueve son garant et connoissant et le puet amener a jour, il est delivrés de ce de quoi on le poursuit . . . . Bouteiller I, 35 (S. 419): Si advient il souvent que chose emblee est trouvee envers celuy qui au larrecin n'a coulpe, si comme qui auroit acheté chose emblee et toutesfois celuy qui la chose auroit recogneue, la calengeoit emblee: sçachez que celui en qui main elle seroit trouvee, auroit mestier de trouver son garand ou autrement le iuge ne le lairroit pas paisible du larrecin. Car si ainsi n'estoit, chacun pourroit dire, qu'il auroit la chose achetee et par ainsi le larrecin auroit trop de couleur de sauvation, que iustice ne peut souffrir.

[22]) Etablissements de Saint Louis I, 95 (Viollet 2 156): . . . Et se il [Bekl.] amoine son garant au terme et il dit en tel maniere: „l'en me demande ce que vos m'avez vandu", cil doit demander la chose à veoir et cil li doit mostrer. Et se il ne la demande à veoir ainçois la garentise, ce ne vaut riens. Et après la veue se il disoit: „ce vos garentirai je bien" li autres doit estre quites dou plait et avoir son argent; car tout gaagnast il la chose cil qui demande la paieroit à celui qui est garantissieres . . . . Ebenso Gewohnheit von Touraine-Anjou § 84 (Viollet 3 52 ff.).

Aus den Quellen läßt sich nicht mit Sicherheit feststellen, welche Wirkung dies für das Verhältnis zwischen dem Käufer und seinem Gewährsmann hatte. Man wird aber wohl vermuten dürfen, daß im französischen Mittelalter die Rückgabe der Sache und Rückzahlung des Kaufpreises, auch wenn sie, wie nach einigen Quellen, sofort beim Eintritt des Gewähren in den Rechtsstreit erfolgte, nur sinnbildliche Bedeutung hatte, nicht aber das Kaufgeschäft zwischen dem Beklagten und seinem Gewähren vollständig auflöste. Vielmehr dürfte nur der Schein einer Auflösung des Geschäfts entstanden sein und der eingetretene Gewährsmann die Fahrnis lediglich als Treuhänder zurückempfangen haben mit der Verpflichtung, sie im Falle seines Obsiegs dem ursprünglichen Beklagten wieder gegen Rückzahlung des Kaufpreises auszuhändigen.[23]) Der Gewähre selbst wird Prozeßpartei, so als ob die Anefangsklage von vornherein gegen ihn erhoben worden wäre; er kann daher selbst wieder auf seinen Vormann ziehen und so fort.[24]) Die Beklagtenrolle kann also mehrfach wechseln; das Bleibende in dem Verfahren ist die mit Anefang belegte Sache, sie ist die körperliche Unterlage und Grundlage des Verfahrens. Doch ist nach vielen Quellen des französischen Mittelalters der Gewährenschub eingeschränkt, um zu verhindern, daß der Rechtsstreit sich allzusehr in die Länge zieht.[25]) Bald steht der Zug beim dritten[26]) oder vierten,[27]) bald beim

---

Livre des Droiz 109 (Beautemps-Beaupré 1 361): . . . Et puis cellui qui la chose aura achaptée aura son argent et sera quicte du plait.

[23]) Brunner 2 505; Gierke, DPR. 2 556 Anm. 17; A. Schultze, Gerüfte und Marktkauf S. 39 ff.; Rauch, Spurfolge und Anefang S. 27; Gillis, Gewährschaftszug und laudatio auctoris S. 35 ff. Anderer Ansicht: London S. 279 ff.; Jobbé-Duval S. 156 Anm. 5.

[24]) Groß. normannisches Rechtsb. 49 § 9 (Tardif 2 133). Fleta I, 36 § 5 (Houard, Traités 3 120): . . . si autem warrantizatus fuerit, statim liberetur res warranto et sic liberetur ille qui vocavit et tunc proferat insecuto appellum suum versus warrantum prout fecit versus warrantizatum et ille warrantus vocare poterit ulterius. Glanvilla III, 1 (Houard 1 424): Si eam warrantizare voluerit, tunc cum eo omnino placitabitur ita quod de cetero sub eius persona omnia que ad placitum ipsum exiguntur procedent.

[25]) Die Entwickelung ging wohl vom unbeschränkten zum beschränkten Gewährszug. Rauch, Spurfolge und Anefang S. 10. In den fränkischen Volksrechten war der Gewährschaftszug noch unbeschränkt. Brunner 2 503. Der unbeschränkte Schub entspricht dem ursprünglichen Hauptzweck der Klage, der Ermittelung des Diebes. Vgl. auch § 3 Anm. 38.

[26]) Großes norm. Rechtsb. c. 100 § 5 (Tardif 2 247) und c. 49 § 5

siebten Mann[28]) still. Der letzte Gewähre kann sich nur noch durch eines der übrigen — im folgenden zu erörternden — Mittel der Reinigung vom Diebstahlsverdacht der Bestrafung entziehen.

2. Der Gewähre ist unauffindbar oder tot und kann[29]) deshalb nicht vorgeladen werden.

a) Bei Unauffindbarkeit des Gewähren muß der Beklagte die Sache herausgeben und es bleibt ihm nur die Möglichkeit, sich durch den Nachweis, daß er die Fahrnis auf einem Markt oder auf einer Messe gekauft habe, oder durch Reinigungseid von der Diebstahlsbeschuldigung zu befreien.

b) Dasselbe gilt wenigstens nach Beaumanoir, wenn der Gewähre tot ist. Im übrigen schweigen die Quellen über die Frage, wie der Fall zu behandeln ist, wenn der Gewährenzug auf einen Toten stößt, sei es, daß der Verkäufer verstorben ist oder daß sich die Sache im Nachlaß des Erblassers des Beklagten vorgefunden hat; man wird mit Rauch annehmen dürfen, daß ein Gewährenzug über den toten Mann hinaus nicht zulässig war.[30])

II. Nachweis des offenkundigen Erwerbes der Sache.

Wenn der Beklagte seinen Gewähren nicht kennt oder aus anderen Gründen (z. B. Tod oder Abwesenheit) nicht stellen kann, ist er berechtigt, sich durch den Nachweis, daß er die

---

(2 132), Freiheit von Amiens (1190) Art. 32 (O. d. L. 11 266). Gew. von Larroque-Timbaud (1270) § 20 (RH. 10 155). Coustumes et stilles gardez ou duchié de Bourgoingne (1270—1360) Art. 83 (Giraud 2 283): Item l'on puet avoir garand jusques à trois .... Bouteiller I, 33 (S. 367): En garand demander en pourrait on en cour iusques à trois et non plus. Et peut chacun avoir tous les delais qu'un seul peut avoir l'un apres l'autre. Ita fuit ordinatum in parlamento pro domino Joanne de Beaulieu contra Joannem de Bello Cartu anno domini 1338.

[27]) Gewohnheit von Clermont-Dessus (1262) Art. 21 (NRH. 1881 S. 61).

[28]) Et. de S. Louis I, 95 (Viollet 2 157): . . . Et tout einsi puet aler de garentisseor en garentisseor en jusques à VII. . . . Ebenso Gewohnheit von Touraine-Anjou § 84 (Viollet 352 ff.) und Livre des Droiz 109 (Beautemps-Beaupré 1 361).

[29]) Beaumanoir § 1116 (Salmon 2 72; Beugnot XXXVII, 3). ... Et se je ne puis avoir mon garant, si comme s'il est mors ou manans en estrange païs, cil qui la chose prueve a sieue l'en porte. . . .

[30]) Rauch, Gewährschaftsverhältnis und Erbgang S. 544; anderer Ansicht Jobbé-Duval S. 146.

Sache offenkundig, insbesondere auf einem Markt, gekauft habe, sich vom Diebstahlsverdacht zu reinigen.[31]) Die Quellen bezeichnen teilweise beim Marktkauf geradezu den Geldbeutel des Käufers oder den Markt als „Gewähren", da der Marktkauf den Gewährenzug ersetzt, soweit dieser die Reinigung vom Diebstahlsverdacht bezweckt.[32])

III. In letzter Reihe bleibt dem Beklagten die Möglichkeit, sich durch Reinigungseid von dem Verdacht des Diebstahls

---

[31]) Aeltestes Landrecht der Bretagne 119 (B. d. R. 4 228): Nul ne doit achater vel acheter denrées en lieu rehost vel repost s'il ne scet à dire de qui ou s'il n'y a bon plege de la luy garantir et especialement s'il n'est marchand de telle marchandise ou s'il ne se peut vanter qu'il l'eust achetée en foire ou en marché, et encore seroit-il en doute; car s'ils estoient emblees et il ne peust prouver que il les eust achetées, comme dit est, il ne seroit pas creu pour dire „je les ay achetées", ainczois devroit estre pugni par coustume ou cas qu'il ne trouveroit son garand ou témoing ou commune renommée pour luy; et posé, qu'il les eust achetées en marché ou en foire, si celuy qui auroit adirées les denrées les pouvoit prouver à souez vel a soy, il les auroit et perdroit l'acheteur quanque il auroit mis s'il ne se pouvoit revanger sur celuy qui les auroit vendues ou sur les pleges ou sur ses hoirs. Entsprechend das jüngere Landrecht der Bretagne von 1539 Art. 200 und 201 (B. d. R. 4 302). Vgl. auch Fleta I, 36 § 7 (Houard, Traités 3 120) und Britton I, 15 (Houard a. a. O. 4 41).

[32]) Bouteiller I, 35 (S. 420): . . . s'il est aucun qui ait achepté aucune chose en plain marché de bonne foy et bien ne cognoisse le vendeur, puis advienne que celle soit recognue d'autruy comme chose emblee et ainsi pour la ravoir la calenge à soy, disant et monstrant que puis ne la veit qu'emblee luy fut, et celuy qui de bonne foy comme dit est l'auroit acheptee diroit qu'il seroit achepteur et qu'il ne sçauroit trouver autre garand que sa bourse de soy mesmes qui est achepteur de bonne foy et qu'il m'en querra autre garand, comme dit est, sçachez que si le demandeur ne fait apparoir contre l'achepteur, que mesmes ait emblé la chose, le defendeur perdra ce que mis y a sans autre peine, dommage n'interest avoir ne sans autre garand querre ne demander s'il ne luy plaist. Li usage de Borgoigne 12 (Franken S. 283): Se tu achaites ou estances ou palmoies aucune chose ou en marchie ou defors ce est retenue. Et se tu paies les deniers en marchie, tu puet bien loialment dire, se il t'est mestiers, que tu l'as achaté en marchié. — Mais ce est uns maluais vices, puisque tu l'auras palmoie defors marchié de proudomes. Non pourquant tu puet bien achatez sans doute et en marchie et defors marchiez; mais ciz qui est sage, se il troeue marchie [Kaufgelegenheit] d'aucune chose, soit ès chans ou en autre leu, il doit bai[r]gnegnier et retenir par palmoiez et puis doit dire: „Je vuet que tu le m'amenoies ou marchie, por ce que ie le vuel achatez ou marchiez et paiez, si m'en ert li marchiez garant, se mestier est. Vgl. hierzu A. Schultze, Gerüfte und Marktkauf S. 44.

oder der Hehlerei frei zu schwören. In derselben Lage befindet sich der Gewähre, der anstelle des ursprünglichen Beklagten in den Rechtsstreit eingetreten ist. Der Reinigungseid kommt in Betracht, wenn der bekannte Gewähre der Dieb ist oder wenn der Rechtsgeber überhaupt unbekannt ist. Die Wirkung des Reinigungseides ist, daß der Beklagte oder der Gewähre, der an seiner Stelle die gestohlene Sache vertreten muß, straflos ausgeht; die Fahrnis selbst muß er dem Kläger ausantworten.[33])

B. Die Sachverteidigung.

I. Auch die Sachverteidigung, die Bekämpfung des Herausgabeanspruchs, wurzelt zunächst im Strafrecht und stützt sich anfänglich nicht auf die Behauptung, daß dem Beklagten ein Recht an der streitbefangenen Fahrnis zustehe. Vielmehr handelt es sich hier ursprünglich um bloßes begründetes Leug-

---

[33]) Freiheit von Amiens 1190 Art. 32 (O. d. L. 11 266): Si quis super aliquem aliquid quod suum est interciaverit et ille qui accusabitur responderit se illud non a latrone scienter emisse, hoc pro quo accusabitur perdet et ante justitiam per sacramentum se defendet, si prepositus vel justitia voluerit, et postea in pace abibit; et hoc idem faciat garanus, si hoc idem dixerit, tam primus quam secundus et tertius. Accusator autem hoc quod clamaverit sacramento confirmabit, si voluerit ille qui justitiam tenebit. Assisen von Jerusalem C. d. B. 249 (Beugnot 2 187): Der Bekl. muß jurer sur sains que il celuy aver ne embla, ne consentant ne fu de l'embler ne que de larron ne l'acheta a son essient et que se il peut veyr ne counoistre celuy qui li vendy la chose, qu'il le metera à cort à son poier . . . Vgl. daselbst 256 (Beugnot 2 191). Et. de S. Louis I, 95 (Viollet 2 154): Der Bekl., der gut beleumdet ist und seinen Gewährsmann nicht kennt, wird zum Schwur zugelassen, que il ne sauroit de qui il l'avroit achetée et que s'il pooit celui trover de qui il l'avroit achetée, qu'il amanroit à la joutise, se il i voloit venir et en feroit son pooir et se il n'i voloit venir, il leveroit lou cri après lui . . . Ebenda II, 18 (Viollet 2 392): Se . . cil sor cui la chose sera trovée die qu'il l'ait achetée de preudome et de loial si com il croit et l'osera bien jurer sor sainz, adonques sera hors de la soupeçon et dou peril; mais il perdra son chatel se il ne puet trover son garant . . . Livres de Jostice et de Plet XIX, 35 § 6 (Rapetti S. 309): Cil qui prant la chose qui est emblée en gages, perdra le gage et jurra sur sainz qu'il l'avoit prise en gages de léal home à son esciant. Et de tex choses puet nestre bataille, par celui qui demende et par garant, et autrement non. Livre des Droiz 324 (Beautemps-Beaupré 2 12): Et s'il ne scet de qui il l'achata, il doit dire qu'il l'achata de loyal homme si comme il croit et le jurer; et ainsi pourra estre hors de soupeccon. Der Coutumier de Bourgogne XIV setzt anstelle des Reinigungseides Zeugenbeweis für den Fall, daß der Beklagte kein gutbeleumdeter, kein „loial hons" ist. Jobbé-Duval S. 139 Anm. 1.

nen des Klaggrundes. Der Beklagte bestreitet nicht bloß den subjektiven, sondern den objektiven Tatbestand des Diebstahls, er macht geltend, daß die streitige Sache dem Kläger überhaupt nicht entwert sei.[34]) Hierher gehören:

1. Die Einrede der mangelnden Nämlichkeit der beschlagnahmten Sache mit der dem Kläger angeblich entwerten Fahrnis. Hauptfall: Der Beklagte behauptet, er habe die mit Anefang belegte Sache in ununterbrochenem Besitze gehabt

a) seit ihrer Entstehung (Einwand der eigenen Aufzucht oder der eigenen Herstellung des streitigen Gegenstandes)[35]) oder

b) schon zu einem Zeitpunkt, der früher liegt als der vom Kläger angegebene Zeitpunkt des Verlustes.[36])

2. Die Einrede der mangelnden Entwerung, insbesondere die Behauptung, der Kläger habe dem Beklagten die Sache freiwillig übergeben, sei es zu Eigentum, sei es unter der Verpflichtung zur Rückgabe (Leihe, Miete usw.).[37])

---

[34]) Laband S. 119. London S. 172 ff.

[35]) Etablissements de Saint Louis I, 95 (Viollet 2 157 ff.): . . . „c'est de ma noureture“ . . . „c'est de l'uevre de ma maison“. Ebenso Gewohnheit von Touraine-Anjou § 84 (Viollet a. a. O. 3 52 ff.). Den Nachweis hat der Bekl. durch das Ordal des Zweikampfes — nach späteren Quellen durch die Bekundung von Nachbarn — zu erbringen.

[36]) Assisen v. Jerus. C. d. B. 233 (Beugnot 2 162): Se il avient que aucuns hom soit emblée d'une soue beste et il la trouve sur aucun home et celuy sur qui elle est trovée, demande à celuy qui a la chose perdue: „Sire, quant perdistes vos ceste chose?“ Et celuy respondy: „Je la perdis au Nouel ou à Pasques“. Se celuy qui est saisi de la beste ou de l'aver peut puis mostrer par deus garens, qui fassent que garens qui li aient veu aver cele beste ou celui aver en sa saisine un més avant Pasque ou de Nouel, celuy qui demande la beste ou l'aveir, n'i deit puis aver nul dreit ni ne la peut recouvrer par droit.

[37]) Livres de Jostice et de Plet XIX, 14 § 4 (Rapetti S. 295): Or demende l'en se je demende à aucun ma chose qui m'aura esté enblée. Et l'en dit que je l'aurai par prove de bons tesmoinz que la chose fust moie, se cil ne dit qui tient la chose de par moi par droite cause et ce offre à prover contre moi et die issit: „Ceste chose je tieng de vos et par vostre grié, par tel reson; et ni moult bien le larrecin et sui prez de mostrer que c'est voirs ou deffandre de larrecin“. Et droiz dit que an tel chose si a gage (= Kampfpfand, gagium duelli; über diese Wadiation des gerichtlichen Zweikampfes siehe Gierke, Schuld und Haftung S. 297). Daselbst XIX, 35 § 2 (Rapetti S. 309): Et se li autres dit que la chose li fust vendue et cil qui l'antierce por emblée la li vendist, qu'an sera? En tex choses a gage de larrecin. Beaumanoir § 985 (Salmon 1 496; Beugnot XXXII, 27) will den Bestohlenen nicht zum Zweikampf nötigen, wenn allgemein bekannt ist, daß die gestohlene Sache ihm gehörte, „car se li toleur et li robeur pouoient venir a gages de leur mesfès, il

II. In demselben Maße, wie sich in dem Anefangsverfahren die Sachverfolgung vordrängt, verschiebt sich die Grundlage der Sachverteidigung in die Behauptung eines eigenen dinglichen oder persönlichen Rechtes des Beklagten. Der Beklagte kann die Fahrnis für sich in Anspruch nehmen entweder

1) kraft eigenen ursprünglichen Eigentumserwerbes; im einzelnen Falle ist es oft nicht möglich festzustellen, ob die Einrede der eigenen Aufzucht oder der eigenen Herstellung gedacht ist als bloßer Einwand der mangelnden Nämlichkeit oder als Behauptung eigenen ursprünglichen Eigentumserwerbes,

oder 2) kraft abgeleiteten Rechtserwerbes

a) vom Kläger,

b) von einem Dritten in Verbindung mit einem vom ursprünglichen Berechtigten abgeleiteten Rechtserwerb dieses Dritten oder seines Rechtsvorgängers.[38]) Insoweit dient der Gewährenzug nicht mehr bloß der Abwälzung des Diebstahlsverdachtes, sondern zugleich der Feststellung und Verteidigung des Rechtes des Beklagten an der streitigen Fahrnis.[39]) Eine

---

s'ameroient mieus a combatre qu'a estre pendu sans bataille, pour esperance d'eschaper". Dagegen läßt er, wenn der bekl. Fahrnisbesitzer einen guten Leumund hat, den Zweikampf unter Umständen zu, „. . . . . si comme s'il me metoit sus que je li eusse vendu ou donné pour son service ou presté et je ne pouoie la toute prouver et je li nioie le don, le prest ou la vente, bien en pourroit venir a gages."

[38]) Berufung auf Erwerb vom Nichtberechtigten in Verbindung mit Verschweigung des Berechtigten war bei Fahrnissen regelmäßig ausgeschlossen, da die rechte Gewere nur an Liegenschaften vorkam. Eine Verschweigung auch an Fahrnissen ist ganz ausnahmsweise in Art. 13 der Freiheit von Nevers (1231, O. d. L. 3 119) anerkannt: Quicumque possessiones aut res alias per empcionem anno et die tenuerit pacifice, elapso anno et die nullus audietur contra possidentem, nisi taliter interim fuerit impeditus, quod jus suum non potuerit reclamare. Ueber das Fehlen der Fahrnisersitzung im älteren koutumiären Recht siehe oben § 2 I.

[39]) Bei beschränktem Gewährenschub entgeht der letzte Gewähre, der nicht mehr weiter ziehen darf, der Verurteilung zur Herausgabe der Sache nur dann, wenn er sein Recht auf einen ursprünglichen oder einen vom Kläger abgeleiteten Erwerb stützen kann. Im übrigen bleibt ihm nur die Möglichkeit, sich vom Diebstahlsverdacht zu reinigen. Et. de S. Louis I, 95 (Viollet a. a. O.): . . . et se li darroiens garentissieres des VII deist: „ceste chose li garentirai je bien, car c'est de ma noureture" et se ce est dras ou robe ou autre chose, il pourroit moult bien dire: „c'est de l'uevre de ma maison" et se li autres dit: „je la deffant; elle me fu amblée", adonc si doit la joutise tenir la chose en

solche bürgerlichrechtliche Bedeutung neben der ursprünglich rein strafrechtlichen kam dem Gewährenzug schon zur Zeit der Volksrechte zu,[40]) im französischen Mittelalter verstärkt sie sich wesentlich. Die Entwickelung zielt offensichtlich dahin, die strafrechtliche Aufgabe des Gewährenzuges zurückzudrängen und den sachenrechtlichen Zweck der Ermittelung des Rechtes des Beklagten an der Sache und die Wahrung seines Rückgriffes gegen den Vormann in den Vordergrund treten zu lassen. Damit geht Hand in Hand eine weitere Wandelung: Während der Gewährenzug anfänglich vorwiegend den Zwecken des Klägers dient (Ermittelung des Diebes), wird er mehr und mehr eine Last für den Kläger. Der natürliche Abschluß dieser Entwickelung ist, daß der strafrechtliche Zweck des Gewährenzuges überhaupt verkümmert und daß der Gewähre nur noch dann an Stelle des ursprünglichen Beklagten in den Rechtsstreit eintritt, wenn der Beklagte dies ausdrücklich — vor der Streitbefestigung — beantragt; diese Entwicklungsstufe wird aber erst im folgenden Zeitraum erreicht.[41])

III. Statt dem Herausgabeanspruch mit einer dauernden Einrede entgegenzutreten, kann der Beklagte unter gewissen Voraussetzungen auch die aufschiebende Einrede vorschützen, daß er die streitbefangene Fahrnis nur gegen Ersatz des Kauf- oder Pfandschillings herauszugeben brauche.

1. Die meisten französischen Rechtsquellen des späteren Mittelalters gewähren dem Beklagten den Anspruch auf Ersatz des Kaufschillings, wenn er die Sache auf die eine oder andere näher bezeichnete Weise öffentlich erworben hat.[42]) Als

---

sa main et si puet bien d'aus deus jugier une bataille par aus II ou par II autres sergenz, se chascun se voloit changier. Et sera li sairemenz à celui qui se faisoit garentissieres et quant il seront au jor de la bataille, il vandront devant les sains et prendra li uns l'autre par la main et li dira: „oz tu, homs que je tain par la main et vos, la joutise — si Diex m'aït et li saint! — iceste chose qui est en main de joutise dont je me sui trez avent por garentir si estoit moie devant ce que je la vandisse, si come je dis quant je la vandi à celui qui m'an a tret a garant". Et li autres doit jurer à l'encontre et dire: „si Diex m'ait et li saint, tu t'an i es parjurez." Et tout einsinc si les puet l'en metre ou champ . . . .

[40]) A. Schultze, Die Bedeutung des Zuges auf den Gewähren S. 759 ff.

[41]) Siehe unten § 8 Anm. 14.

[42]) Der Lösungsanspruch hat sich in Frankreich allmählich, insbesondere in den südlichen Landstrichen, entwickelt. Doch hat in einigen französischen

solche bevorzugte Fälle des öffentlichen Erwerbes werden genannt:[43]) Kauf auf der Ostermesse, Kauf auf dem Markte am

Quellen der Marktkauf — wie ganz überwiegend im mittelalterlichen deutschen Recht — die ursprüngliche schwächere Wirkung der bloßen Reinigung vom Diebstahlsverdacht behalten. Siehe oben A II.

[43]) Et. de S. Louis II, 18 (Viollet 2 394): Der Beklagte, der seinen Gewähren nicht vor Gericht stellen kann, perdra son chatel, quant li demanderres avra faite la chose por soue, se li marcheanz ne l'avoit achetée en la foire de Pasques. Et s'il l'i avoit achetée, il ravroit son argent par la costume d'Orlenois et sera hors de la soupeçon, se c'est hom qui ait usé et acostumé à acheter tiex choses, et qu'il soit de bone renomée. .... Livre des Droiz 109 (Beautemps-Beaupré 1 360): ... Et si cellui sur qui la chose sera trouvée die qu'il l'achata bien et loyaulment, néantmoins il perdra la chose et l'argent que lui aura cousté, par quoy il soit homme de bonne renommée, ou cas qu'il ne seroit marchant coustumier d'achapter telle chose et il l'eust achaptée en plaine foire ou marchié: car en cest cas plusieurs oppinions sont qu'il ne perdroit point son chatel. Vgl. ferner daselbst 324 (2 12). Beaumanoir § 739 (Salmon 1 380; Beugnot XXV, 22): Unvermögen oder Unauffindbarkeit des Gewähren schließt den Herausgabeanspruch des Entwerten nicht aus, essieutés aucuns cas, si comme se cil qui a la chose l'acheta en marchié commun comme cil qui creoit que li venderes eust pouoir du vendre et ne connoist le vendeur, ou il est en tel lieu qu'il ne le puet avoir a garant: en tel cas cil qui poursiut sa chose qu'il perdi ou qui li fu emblée ou tolue, ne la ravra pas s'il ne rent l'argent que l'acheteres en paia .... Beaumanoir § 1049 (Salmon 2 28; Beugnot XXXIV, 47): Cil avoue bon garant qui met avant resnable cause comment la chose li vint, qui li est demandee: si comme s'il l'acheta en plein marchié commun a veue et a seue de bonne gent, car pour ce sont li marchié establi qu'on i puist vendre et acheter communement .... Vgl. auch oben § 2 Anm. 17. Freiheit von Beauvoir 1313 Art. 11 (O. d. L. 8 161): Anspruch auf Ersatz des Kaufschillings hat, wer bona fide, palam et publice et in loco publico, videlicet in carreria [= Straße] vel platea (Gegensatz: clandestine vel occulte) gekauft hat. Nach der Freiheit von Figeac 1318 Art. 34 (O. d. L. 7 659 ff.) ist Voraussetzung des Ersatzanspruches Kauf oder Tausch in platea seu carreria communi per personam non suspectam et hora non suspecta. Der Käufer muß schwören, quod tempore acquisicionis rem acquisitam alienam ipsius venditoris furto non subreptam aut alio modo fraudatam non credebat. Nach der Freiheit von Gordon 1370 Art. 10 (O. d. L. 8 76) hat Anspruch auf Ersatz des Kaufschillings quicumque emens palam et bona fide et sine fraude a transeunte vel ignoto aut alio in carreria publica vel in platea dicti loci rem furtivam vel vi allatam aut alio vicio affectam. Nach der Gewohnheit von Bragerac (1332) Art. 105 (B. d. R. 4 1029) ist Voraussetzung des Lösungsanspruches Kauf in loco publico videlicet in foro aut infra villam in carreriis magnis publicis duobus fide dignis assistentibus. (Gegensatz: Kauf in campis aut in parvis carreriis, quae non dicuntur publicae, aut in domi-

Markttag, Kauf auf dem Marktplatz auch außerhalb der Marktzeit, Kauf auf der Straße oder auf öffentlichen Plätzen, Kauf an den Verkaufsbänken der Kaufleute u. a. m. Diese Umstände, mit denen teilweise noch andere Merkmale, wie Kauf vom Unbekannten, Unverdächtigkeit des Verkäufers, guter Ruf des Käufers, Eigenschaft des Käufers, mit solchen Sachen zu handeln, Zahlung des Marktzolles, Geschäftsabschluß in Gegenwart von Zeugen und am hellen Tage, in Verbindung treten, gelten als objektive typische Kennzeichen der Redlichkeit des Erwerbers.[44])

Auch wenn ein Marktkauf oder ein sonstiger begünstigter Tatbestand des öffentlichen Kaufes vorliegt, kann gleichwohl unter Umständen der Anspruch auf Ersatz des Kaufschillings entfallen, weil gewisse objektive Kennzeichen der Unredlichkeit gegeben sind, wie Verdächtigkeit des Verkäufers, Mißverhältnis zwischen der Ware und dem Stande des Verkäufers, zu geringer Kaufpreis.

Unter dem Einflusse des römischen und des kanonischen Rechtes werden manchmal neben den genannten objektiven Merkmalen der Redlichkeit oder Unredlichkeit auch innere, seelische Vorgänge, wie guter oder schlechter Glaube, erwähnt.

---

bus, quia tales venditiones occultae censentur.) Freiheit von Vienne 1391 Art. 4 (O. d. L. 7 430): Quicumque emerit Vienne in mercato, carreria vel mensa operatorii sui rem alienam vel in pignore receperit, non teneatur domino rem suam restituere eciamsi suam probaverit, nisi precium pro ea datum seu conventum restituerit, nisi probaret legitime ipsum emptorem vel creditorem scivisse tempore emptionis rem esse alienam. Cons. Tolosae p. II. rubr. de empt. 3 (B. d. R. 4 1049): Item est usus seu consuetudo Tolosae, quod si aliquis emerit res mobiles in Tolosa publice in carreria publica vel foro vel in die fori vel etiam alia die ab aliquo extraneo sive civi et hoc fuerit per testes manifestum, quod emptor debet recuperare pretium ab illo cuius res est et qui petit rem, quamvis res sit furtiva. Gewohnheit von Montpellier 1204 c. 20 (Giraud, 1 Anhang 53): Si quis forte a fure vel a non domino rem aliquam furatam vel raptam vel alienam publice venalem bona fide, putans esse illius qui vendit, emerit, si postea verus dominus rem esse suam probaverit facto sacramento ab emptore quod nescisset furatam vel alienam esse et non posset venditorem exhibere, dominus rei restituit emptori solum hoc quod in ea emptor dedit, et rem suam recuperat. Siehe ferner Gew. von Avignon (13. Jhd.) Art. 108 (Maulde, Cout. et reglements de la République d'Avignon au treisième siècle 1879 S. 188) und Gew. von St. Gilles, Abschn. de venditionibus (Franken S. 282).

[44]) Vgl. § 5 III.

Die Höhe des Kaufpreises durfte der Käufer durch Eineid nachweisen.[45])

2. Anspruch auf Ersatz des Pfandschillings hat der Pfandbesitzer einer entwerten Fahrnis im allgemeinen unter denselben Voraussetzungen wie der Käufer.[46]) Beaumanoir verlangt indes die in anderen Quellen auch hier geforderte Oeffentlichkeit des Pfanderwerbes nicht — Verpfändungen pflegen ja auch nicht auf offenem Markte vorgenommen zu werden —, doch scheint er, nach dem Zusammenhang zu schließen, auch hier an objektive Merkmale der Redlichkeit zu denken.[47]) Neben den sonstigen typischen Anzeichen der Unredlichkeit führen manche Quellen beim Pfanderwerb besonders kennzeichnende auf, wie das Vorhandensein von Blutflecken auf der versetzten Fahrnis.[48])

---

[45]) Cons. Tolosae p. II rubr. de empt. 3 (B. d. R. 4 1049): . . .Et super quantitate pretii statur iuramento emptoris. Gewohnheit von St. Gilles de vend. (Franken S. 282).

[46]) Vgl. Freiheit von Vienne Art. 4 (oben Anm. 43). Gewohnheit von St. Gilles de vend. (Franken S. 283): . . . So que a estat dessudict que aquel que crompa publicament he a bona fe causa raubada hoc per forsa obstada non es tengut de rendre lad. causa sinon que ly sia retornat lo pres que jurara naver donat, ha luoc et se deu entendre en aquel que auria pres en gaige publicament et ha bona fe bens mobles ou somovens raubatz ho per forca obstatz. Et deu lou estar al jurament daquel que los ha prezes en gaige, so es [d. h.] de la soma que navia baylada del luoc en qui los aura crompat et sy los a pres a bona fe et sans fraud et barat.

[47]) Beaumanoir § 740 (Salmon 1381; Beugnot XXV, 23); Franken S. 315.

[48]) Franken S. 315 und die daselbst abgedruckte Stelle aus Li Usage de Borgoigne 11: Tavernier ne doit refuser gages, se il ne le voit sanglent ne si ne doit demander de cui il est, se il ne vuet. Et se tot le set larron [den Verpfänder], si prent-il bien son gage, mais se il set que il l'ait enblé, il ne le doit prendre. Et se li gage est enblez et il ne le set et ne cognoist celui ne set son repaire [Aufenthalt] et ciz vient après à cui li gage est enblez et il dist: „Ciz gages m'est heus enblez, rendez le moi", dont doit dire li taverniers que il attende jusques à VII jors, pour veoir, se ciz vendra qui li mist. Et se il ne vient adont, si le raienbez de ce qu'il ha sus. Auf Verlangen des Klägers beschwört der Wirt die Höhe seiner Pfandforderung feierlich sa mesure en sa main. — Ueber das jüdische Hehlerrecht in Frankreich siehe H. Meyer, Entwerung S. 198 ff. und S. 247. Vgl. auch die königlichen Freiheitsbriefe für in Frankreich sich niederlassende Lombarden, z. B. die Urkunde Ludwigs XI. vom 14. Dezember 1461 (O. d. L. 15 250), durch die mehreren Lombarden die Niederlassung in Lyon gestattet wird, Art. 10: Que se en leurs hostelz et domicilles estoient trouvez aucuns biens qui leur fuissent baillez en gaige sans fraude, lesquelz biens aucuns voul-

3. Hat ein Handwerker Fahrnisse, die ihm der Eigentümer zur Ausbesserung oder Verarbeitung übergeben hat, an einen Dritten veräußert oder verpfändet, so braucht der letztere sie dem Berechtigten nur gegen Erstattung des dem Handwerker zukommenden Werklohnes auszuhändigen.[49])

4. Einen weiteren eigentümlichen Fall des Lösungsanspruches kennen die Assisen von Jerusalem. Ist eine verlorene oder gestohlene Fahrnis ins Sarazenenland gelangt und dort von einem christlichen Kaufmann erworben worden, so kann der Entwerte sie diesem bloß gegen Ersatz des Kaufschillings abfordern.[50])

§ 5.

4. Der Grund der Beschränkung der Fahrnisverfolgung.

I. Der Grundsatz: Ausschluß der Fahrnisverfolgung in die dritte Hand.

Die französischen Quellen des Mittelalters geben so wenig wie die deutschen eine nähere Begründung des Satzes: „Hand wahre Hand". Die Schriftsteller der späteren Zeit rechtfertigen ihn meist mit Zweckmäßigkeitserwägungen, wie Geringwertigkeit des Fahrnisbesitzes *(Res mobilis res vilis. Mobilium vilis et abiecta est possessio)*, Vermeidung von Streitigkeiten, zu denen die Fahrnisse bei der Schwierigkeit, das Eigentum an ihnen festzustellen, leicht Anlaß geben, u. dgl.[1]) Daß diese Erklä-

---

sissent poursuir pour emblez qu'ilz ne puissent estre poursuiz aucunement ne pugnis de furt ou larrecin civillement ou criminellement. Art. 11. Et pour ce que souventesfois advient que aucuns envoyent par leurs varletz ou serviteurs emprumpter argent sur gaiges et après donnent congié à leursditz varletz et serviteurs frauduleusement et puis poursuivent lesdits gaiges comme leurs et comme emblez, que les dessusdits lombards ou cas dessus dit ne soient tenuz de rendre ne bailler lesdits gaiges se ilz ne sont avant payez de tout ce que deu leur seroit.

[49]) Siehe oben § 3 I 4.

[50]) Assissen von Jerusalem C. d. B. 230 (Beugnot 2 159) und 232 (2 161). Der Entwerte muß moustrer par deus garens qui jurent sur sains qu'il le virent saisi et tenant de ce qu'il demande. Et puis deit il jurer sur sains que il celuy aver ne vendy ne dona ni engaja, mais qu'ensi l'a perdu come il il l'a dit. Parallelen: Lex Burg. CVII c. 8 (dazu London S. 344 ff.) und Lex Visig. XI, 3, 1 (dazu A. Schultze, Gerüfte und Marktkauf S. 48)

[1]) Siehe A. Faber, Codex Fabrianus, Buch 6 Titel 27 def. XI (oben § 2 Anm. 26) sowie Barthou, De l'origine de l'adage vilis mobilium possessio et de son influence sur le code civil (Diss.), Paris 1886.

rungsversuche nicht ausreichen, bedarf keiner weiteren Ausführung; sie lassen die Frage ungelöst, warum das germanische Recht im Gegensatz zum römischen Recht die Fahrnisverfolgung auf die Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes beschränkt. Der Grund muß tiefer, in der verschiedenen Anlage des Rechtssystems, gesucht werden. Die rechtsgeschichtliche Forschung darf sich nicht damit begnügen, die Erscheinungen des Rechtslebens der Vergangenheit bloß zu beschreiben, sie muß sie zugleich auch deuten und auf juristische Formeln bringen.

Den Schlüssel zum Verständnis gibt die Huber-Gierkesche Gewerelehre.[2]) Der grundsätzliche Ausschluß der Fahrnisverfolgung hängt mit den Kundbarkeitswirkungen der Gewere zusammen.[3])

Die Gewere *(saisina, saisine)* ist die Grundlage nicht nur des deutschen, sondern auch des französischen mittelalterlichen Sachenrechts.[4]) Dem Gegensatz von leiblicher und ideeller Gewere in den deutschen Rechtsquellen entspricht in Frankreich der Gegensatz von *saisine de fait* und *saisine de droit*,[5]) der rechten Gewere an Liegenschaften die *vraie saisine*, auch *entière saisine*, *droite tenue* oder schlechthin *saisine* genannt.[6]) An

---

[2]) Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht (1894); Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht (1897) S. 1 ff.; DPR. 2 187 ff.; H. Meyer, Entwerung S. 1 ff.; Publizitätsprinzip S. 1 ff.; A. Schultze, Gerüfte und Marktkauf S. 1 ff.

[3]) Ueber abweichende Erklärungsversuche vgl. Kern, Entwickelung des Grundsatzes „Hand muß Hand wahren" (Diss. 1881) S. 10 ff.; Rayner, Hand wahre Hand (Diss. 1909) S. 56 ff.; Jobbé-Duval S. 82 ff.; Poincaré S. 21 ff. Die im Text vertretene Ansicht wird neuerdings scharf bekämpft von Eckard Meister in Festschrift für Wach (1913) 3 413 ff. (Vgl. dazu die Besprechung von Stutz in SavZ., GA. 34).

[4]) Warnkönig 2 295 ff.; Klimrath, Etude historique sur la saisine d'après les coutumes du moyen âge (1835); Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs, 2. Aufl. (1859) 3 307; Heusler, Gewere S. 336 ff.; Glasson 7 272 ff.; Brissaud 2 1224 ff. In den mittelalterlichen Quellen der südlichen Landschaften ist der Ausdruck saisine selten, gewöhnlich heißt es hier deffensio oder possessio. Auch in den Ländern des Gewohnheitsrechts wurde das Wort saisine später durch die römische Bezeichnung possessio verdrängt. In der heutigen Rechtssprache gebraucht man saisine nur noch für die Erbengewere des gesetzlichen Erben und des Universalvermächtnisnehmers (Le mort saisit le vif).

[5]) Vgl. Grand Coutumier de France II, 19 (Laboulaye-Dareste S. 234): . . . Item la coustume qui dit le mort saisit le vif est à entendre en ligne directe et en ligne collatéralle, saisina juris tantummodo et non facti, par la manière qui s'ensuyt . . . .

[6]) Die rechte Gewere ist ein Ausläufer der missio in bannum regis der fränk-

Fahrnissen wurde die Gewere dem zugesprochen, der sie „hat“,[7]) an Liegenschaften dem, der sie „nutzt“; Besitzwille im Sinne des römischen animus domini war nicht erforderlich.

Die Gewere ist nicht selbst das dingliche Recht,[8]) sondern nur seine äußere Erscheinungsform, die so lange die volle Wirkung des Rechts äußert, bis sie sich als leerer Schein erweist. Umgekehrt ist das dingliche Recht nur so lange geschützt, als es in einer Gewere verkörpert ist. Gibt der Eigentümer seine Fahrnis aus der Hand, so geht damit die Offenkundigkeit des dinglichen Rechts und die Möglichkeit seiner Entfaltung gegen Dritte verloren.[9]) Er hat lediglich die Klage um anvertrautes

---

kischen Zeit. Wie bei der missio in bannum regis das Gut binnen Jahresfrist aus dem Königsbann gezogen werden konnte, so schließt der dem aufgelassenen Gute gewirkte Friedensbann nach Ablauf von Jahr und Tag die Anfechtungsrechte Dritter durch Verschweigung aus. Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte (1901) S. 173; Immerwahr, Die Verschweigung S. 2 ff.; vgl. ferner Prost, Etude sur le régime ancien de la propriété. — La vesture et la prise de ban à Metz (NRH. 4 1 ff., 301 ff., 572 ff., 701 ff.) und die Metzer Bannrollen des 13. Jahrhunderts, herausgegeben von Wichmann (dazu A. Schultze in Vierteljahrsschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 12 216 ff.).

[7]) Vgl. alte Gewohnheit von Bourges, Art. 56 (B. d. R. 3 880): L'en garde par coustume que saisine de meuble se perd en ung moment et saisine de heritage par an et jour qu'il l'a tenu paisiblement.

[8]) A. A. Franken S. 267: „Wer die Mobilie hat, ist ihr juristischer Herr“. S. 268: „Keine Scheidung von Besitz und Recht“. S. 292: „Das ‚Eigentum‘ der ältesten germanischen Juristen war das äußere Verhältnis des nackten physischen Habens der Mobilie“. Gegen diese Lehre Frankens vom „Detentionseigentum“ Huber, Gewere S. 58 ff.

[9]) Gierke, DPR. 2 187 ff.; Huber a. a. O. S. 8 ff., 45 ff.; A. Schultze, Publizität und Gewährschaft S. 159 ff.; Gerüfte und Marktkauf S. 1 ff.; H. Meyer, Entwerung S. 1 ff.; Publizitätsprinzip S. 1 ff.; Müller-Erzbach im ArchZivPrax. 109 130 ff. Die von Eckard Meister a. a. O. bekämpfte Lehre, daß die Gewere dem Vertrauensmann eine formale Legitimation zur Verfügung über das Recht des Eigentümers gebe, ist zur Ableitung der Beschränkung der Fahrnisklage aus den Wirkungen der Gewere nicht erforderlich und wird beispielsweise auch von A. Schultze nirgends verfochten. Das Recht des wahren Berechtigten dringt gegenüber dem Dritterwerber aus dem Grunde nicht durch, weil es dem Recht an der sinnlichen Wahrnehmbarkeit fehlt, nicht, weil der Dritte den nichtberechtigten Gewereinhaber als legitimiert ansehen darf. — Die germanische enge Beziehung zwischen Besitz und Eigentum ist dem römischen Rechte fremd: Nihil commune habet proprietas cum possessione (l. 12 § 1 D. 41, 2). Nec possessio et proprietas misceri debent (l. 52 pr. D. 41, 2). Der Besitz als tatsächliche Sachherrschaft genießt zwar Schutz durch Besitzinterdikte und ist unter Umständen die Grundlage des Eigentumserwerbes

Gut gegen den Vertrauensmann, dem er die Sache geliehen, vermietet, in Verwahrung gegeben oder verpfändet hat. Auf Grund des Gedinges, durch das er die Fahrnis nur zu beschränkter Gewere weggegeben hat, kann er die Sache von dem Empfänger zurückfordern, sobald dessen Gewere durch Ablauf der Leihezeit usw. ihre Rechtsgrundlage verloren hat.[10]) Befindet sich die Sache nicht mehr beim Vertrauensmann, sondern bei einem Dritten, so darf der Berechtigte gegen den Dritten nicht vorgehen: denn eine Beziehung des Dritten zum Geding besteht nicht. Der Entleiher oder Pfandnehmer hat die Sache auf Grund eines Gedinges erhalten, das jeder Offenkundigkeit entbehrt und daher dem dritten Erwerber nicht entgegengesetzt werden kann. Bei Liegenschaften dagegen wird dem Rückgabegeding durch die Oeffentlichkeit der Einweisungshandlung Offenkundigkeit verliehen, so daß sie auch Dritten abgefordert werden können.[11])

Die Härte, die der Ausschluß der Fahrnisverfolgung für den Eigentümer mit sich brachte, wurde gemildert und ausgeglichen durch die strenge Haftung des Vertrauensmannes.[12]) Dieser hatte seinem Vertrauensgeber nicht nur für verschuldete Unmöglichkeit der Herausgabe der anvertrauten Fahrnis, sondern auch für zufälligen Untergang und Verlust der Sache, insbesondere für Abhandenkommen durch Diebstahl einzustehen,[13])

---

durch Ersitzung und Aneignung, steht aber in keiner inneren Beziehung zum Eigentum. Vgl. Savigny, Recht des Besitzes, 3. Aufl. (1818) S. 38 und 411.

[10]) Gierke a. a. O. S. 558; Huber a. a. O. S. 10 ff.

[11]) Huber, Gewere S. 11 und S. 61.

[12]) Ueber die Wechselbeziehungen zwischen der Beschränkung der Fahrnisklage und der Haftung des Vertrauensmannes vgl. Franken S. 333 ff.; A. Schultze in IheringsJ. 49 167 Anm. 1; Gerüfte und Marktkauf S. 14 Anm. 41; Müller-Erzbach a. a. O. S. 133 ff.; Wellspacher S. 669; Rauch, Spurfolge und Anefang S. 40 f.

[13]) Haftung für Zufall: Assisen von Jerusalem, C. d. B. 56 (Beugnot 2 51): C'il avient que un home preste à un autre homme XX besans et il en prent guages, si come sont seintures d'argent ou autre vaisselement d'argent et il avient puis que le prestour pert les guages ou que il li sont emblés, la raison si coumande que en quelque maniere le prestour pert les guages ou qu'il li soient emblés qu'il les deit amender à celuy qui les li bailla en gage par dreit et par l'assize. Beaumanoir erwähnt in den §§ 951 und 952 (Salmon 1 482; Beugnot XXXI, 15 u. 16) die Haftung des Entleihers und Vermieters für Abhandenkommen der Sache durch Diebstahl; der Verwahrer haftet in solchem Falle nur, wenn lediglich die verwahrte Fahrnis, nicht gleichzeitig auch eigene Sachen des Verwahrers gestohlen wurden. § 1114 (Salmon 2 70; Beugnot XXXVII, 1) schließt die

so daß sich der Eigentümer in den meisten Fällen an dem Vertrauensmann schadlos halten konnte. Infolge seiner Verantwortlichkeit erschien der Pfandgläubiger, Entleiher, Mieter usw., bei dem die Fahrnis gestohlen wurde, als durch den Diebstahl unmittelbar geschädigt; die Klage gegen den Dieb stand ihm daher auch im eigenen Interesse zu.[14])

Wer seine Fahrnis einem anderen anvertraut, mag sich zuvor über dessen Zuverlässigkeit und Zahlungsfähigkeit vergewissern (so die Assisen von Jerusalem[15]) oder sich Sicherheit

---

Haftung des Verwahrers bei Untergang der Sache durch Wasserflut oder Feuersbrunst oder Verlust durch Diebstahl aus, läßt dagegen den Entleiher schlechthin haften: . . . . autrement est de la chose prestee, car en quel que maniere qu'ele soit perdue, ou par les coupes de celi qui l'emprunta ou sans ses coupes, il est tenus a rendre la chose qui li fu prestee ou la valeur, se la chose est en tele maniere perdue qu'ele ne puist estre rendue tele comme on la presta . . . ., doch haftet nach § 1117 (Salmon 2 73; Beugnot XXXVII, 4) der Entleiher oder Mieter nicht für Verschlechterungen der Sache durch den vertragsmäßigen Gebrauch oder für zufälligen Untergang während des Verzuges des Verleihers oder Vermieters mit der Rücknahme der Sache. Assisen von Jerusalem, C. d. B. 107 (Beugnot 2 77) gestatten, die Haftung des Verwahrers für zufälligen Verlust wegzudingen. Siehe daselbst 108. — Später wird die Haftung für Zufall dahin abgeschwächt, daß der Pfandgläubiger bei zufälligem Untergang der Pfandsache nicht ersatzpflichtig ist, aber die Darlehenssumme verliert. Gewohnheit von Bayonne (1514), Tit. 20 Art. 14 (B. d. R. 4 960). Vgl. Kohler, Pfandrechtliche Forschungen S. 112 ff. Unter dem Einfluß des römischen Rechts wurde die Haftung des Vertrauensmannes auf den Fall verschuldeten Untergangs oder Verlustes beschränkt, so in den Livres de Jostice et de Plet 8, 5 § 4 (Rapetti S. 171); diese Stelle ist l. 9 § 4—6 D. 19, 2 entlehnt. Ebenso verneint Bouteiller 1, 59 (S. 639) die Haftung des Verwahrers für Zufall; siehe auch daselbst 1, 26 (S. 243). Ein Urteil des Parlaments zu Grenoble vom Mai 1624 sagt, daß der Verwahrer frei wird, wenn er den Verlust der Sache durch Diebstahl nachweist (Brillon, Dict. des arrêts 1 668).

[14]) Beaumanoir §§ 951 und 952 (Salmon 1 482; Beugnot XXXI, 15 und 16). Siehe oben § 3 III 1.

[15]) Assisen von Jerusalem, C. d. B. 86 (Beugnot 2 67): Et bien vos gardés à qui vous faites honor et bonté qu'il seit tel persone que vous n'i puissés perdre vostre beste par raison. Daselbst 109 (Beugnot 2 78): Dont bien vous gardés à qui vous recomandés le vostre qu'il soit tel persone que vos ni peussés rien perdre. Mit ähnlichen Erwägungen begründen die Assissen H. C. Jean d'Ib. 119 (Beugnot 1 193) den Satz, daß der Entleiher den Wert der verlorenen Leihsache oder ihren Minderwert im Falle der Verschlechterung eidlich einzuschätzen hat: Et por ce est doné le sairement par l'assise à celui à qui l'on a la chose prestée, que se celui de qui la chose est et à qui l'on la requiert à emprest ne la prestera jâ se il ne viaut; il ne la deit prester à home, se il n'entant ou ne cuide que il seit tel que ce il la pert ou empire, que il la li amende ou que il face leau

geben lassen,[16]) sonst hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn er weder die Sache zurückerhält noch Schadensersatz erlangen kann.

II. Die Klage um entwerte Fahrnis. Herbert Meyer[17]) sucht in Anlehnung an Huber[18]) auch die Verfolgbarkeit entwerter Fahrnisse im germanischen Recht auf den Kundbarkeitsgedanken zurückzuführen. Die Gewere des Erwerbers einer gestohlenen oder verlorenen Sache könne gebrochen werden wegen der Kundbarkeit des Verlustes. Diese Kundbarkeit sei zunächst durch das Gerüfte, die Voraussetzung der Anefangsklage, bewirkt worden. Später sei anstelle einer wirklichen Kundbarkeit mittels Gerüftes eine bloße mutmaßliche Kundbarkeit getreten; man habe einfach jeden Verlust durch Raub oder Diebstahl als offenkundig vermutet, da ein solcher in den kleinen Verhältnissen der damaligen Zeit rasch jedermann bekannt geworden sei. Allein die Behauptung, daß die Erhebung des Gerüftes ursprünglich stets Voraussetzung für die Klage um entwerte Fahrnis gewesen sei, läßt sich nicht quellenmäßig belegen. Ueberdies wäre die durch das Gerüfte bewirkte Kundbarkeit doch nur beschränkt gewesen und für den Erwerber in vielen Fällen zu spät erfolgt; die nach dem Erwerbe hergestellte Kundbarkeit vermag doch wohl nicht die Herausgabepflicht des Erwerbers zu rechtfertigen, dessen Besitzerlangung dem Gerüfte zeitlich vorangeht.[19])

Die Verfolgbarkeit entwerter Fahrnisse ist in Wirklichkeit nicht Ausfluß des germanischen Kundbarkeitsgedankens, sondern Ausnahme von diesem Grundsatz. Sie ist, wie Alfred Schultze dargelegt hat,[20]) begründet in dem der Gewere zu-

---

seirement dou pris de la chose; et ce il n'est tel et celui qui la chose li presta y a damage, ce est en sa colpe, quant il preste le sien à home qu'il ne conoisseit à proudome et à leau. Ausnahmsweise darf der Vertrauensgeber bei Zahlungsunfähigkeit des Vertrauensmannes die anvertraute Sache in die dritte Hand verfolgen. Siehe oben § 3 III 1 b γ.

[16]) Beaumanoir § 1133 (Salmon 2 86; Beugnot XXXVIII, 11): . . . nus n'est tenus à baillier sa chose a autrui sans seurté s'il ne li plest . . .

[17]) H. Meyer, Entwerung S. 8 ff., 42 ff.; Publizitätsprinzip S. 42 ff.; vgl. auch Wellspacher S. 625 und S. 670.

[18]) Huber, Gewere S. 12 ff., S. 60.

[19]) A. Schultze, Gerüfte und Marktkauf S. 16 ff.; SavignyZ. (GA.) 31 646 ff.; Die Bedeutung des Zuges auf den Gewähren S. 759 ff.; Julius Gierke, ZHR. 52 612 ff. und 70 386.

[20]) A. Schultze, Gerüfte und Marktkauf S. 56 ff.; IheringsJ. 49 170 ff.;

stehenden Friedensschutz. Klaggrund ist der Gewerebruch.[21]) Solcher Gewerebruch liegt nicht vor bei der Veruntreuung anvertrauter Fahrnisse; denn hier hat nicht der Vertrauensgeber, sondern der Vertrauensmann die Gewere. Wird die Fahrnis dem Vertrauensmann durch Diebstahl oder Raub entfremdet, so ist seine Gewere gebrochen; daher hat regelmäßig auch nur er die Klage um entwertes Gut gegen den derzeitigen Inhaber. Das Klagerecht des Hausherrn und Familienvaters im Falle des „Abtragens" von Sachen durch das Gesinde und durch die Ehefrau erklärt sich daraus, daß hier die Gewere des Klagberechtigten selbst als gebrochen gilt. Gewerebruch aber ist Friedensbruch, da die Gewereordnung Friedensordnung ist. Das germanische Recht sucht den durch Diebstahl oder Raub begangenen Friedensbruch nicht nur strafrechtlich zu ahnden, sondern auch bürgerlich-rechtlich zu heilen durch die Friedensgemeinbürgschaft der Gemeinde, durch die Haftung des Grundherren, auf dessen Gebiet der Friedensbruch geschehen ist,[22]) vor allem aber durch Heranziehung des gegenwärtigen Inhabers der entwerten Fahrnis, der ja am besten in der Lage ist, den Schaden des Entwerten auszubessern, indem er dessen Gewere wieder herstellt. Diese Regelung enthält scheinbar eine Härte gegen den derzeitigen Besitzer der entwerten Sache, allein der Gewährenzug eröffnet ihm die Möglichkeit, den Schaden auf seinen Gewährsmann, und in letzter Reihe auf den Dieb abzuwälzen.[23]) So ist der Gewährschaftsgedanke das Gegenstück zum Friedensschutzgedanken.

SavignyZ. (GA.) 29 434 ff.; Bedeutung des Gewährenzuges S. 792. Hierzu Rauch, Spurfolge und Anefang S. 50 f.

[21]) Vgl. oben § 3 II.

[22]) Hierzu vgl. u. a. Freibrief für Bressieux (1288) Art. 16 (NRH. 1895 19 336). Gew. von Avignon Art. 122 (Maulde, Coutumes et réglements de la République Avignon au treisième siècle 1879 S. 194).

[23]) Assisen von Jerusalem, H. C. Jean d'Ibelin 131 (Beugnot 1 205): Der Beklagte, der die Sache von einem Dritten kauf- oder tauschweise erlangt hat, kann recouvrer de celui de qui il l'ot par l'assise ce que celle chose li costa ou ce que il li dona en eschange ou le vaillant; que ce autrement esteit, ce sereit tort apert. Daselbst C. d. B. 249 (Beugnot 2 187): Der Beklagte det perdre tout se qu'il avoit douné à autruy larecin acheter. Mais se il counut seluy qui li vendy la chose, la raison coumande qu'il est tenus de faire li ce que il li a vendu, bon et leau ou de rendre li le pris qu'il li dona, car ce est dreit et raison, ut furti ignominiam valeat vitare. Freiheit von Beauvoir 1313 (O. d. L. 8 161): Der Käufer muß die gestohlene Sache

III. Der Lösungsanspruch. Der Gewährenzug, der den herausgabepflichtigen Beklagten nicht nur vom Diebstahlsverdacht reinigen, sondern ihm auch den Anspruch auf Rückerstattung des Kaufschillings gegen den Gewähren sichern soll, ist bei Marktkäufen meistens nicht durchführbar; denn hier bildet der Kauf vom Unbekannten die Regel. Dem Marktkäufer, der seinen Verkäufer nicht kennt, soll deshalb der Bestohlene Gewährschaft leisten. Es erscheint in diesem Falle angemessen, daß der Schaden von dem Erwerber auf den Bestohlenen abgewälzt wird, der sich seinerseits wieder an den Dieb halten kann.[24]) In den Fällen des Marktkaufes und sonstigen öffentlichen Kaufes schwächt sich hiernach in den meisten französischen Quellen der Herausgabeanspruch des Bestohlenen zu einem Einlösungsanspruch ab. Die Oeffentlichkeit des Erwerbers gilt als typisches Merkmal für die Gutgläubigkeit und Redlichkeit des Erwerbers.[25]) Dies hängt mit der Neigung des germanischen Rechts zusammen, die innere Willensseite einer rechtlich bedeutsamen Handlung nicht für den Einzelfall nachzuprüfen und zu ermitteln, sondern aus gewissen äußeren, typi-

---

herausgeben, salvo tamen sibi ementi jure suo contra venditorem. Li Usage de Borgoigne 14 (Franken S. 285): ... Et ciz qui hai perdu son chatel doit dire au garant que il li rende son chatel.

[24]) A. Schultze, Gerüfte und Marktkauf S. 36 ff. Beaumanoir § 739 (Salmon 1 380; Beugnot XXV, 22). Der redliche Marktkäufer, der keinen Gewähren benennen kann, braucht die gestohlene Sache dem Berechtigten nur gegen Ersatz des Kaufschillings herauszugeben, „car puis qu'il l'acheta sans fraude et en marchié il ne doit pas recevoir la perte de son argent pour autrui mesfet".

[25]) Alfred Schultze, Gerüfte und Marktkauf S. 36 und S. 52; Müller-Erzbach a. a. O. S. 138; Wellspacher S. 636. Denselben Gedanken spricht schon Guy Coquille in seinen Erläuterungen zu Kap. 21 Art. 16 der Gewohnheit von Nivernois aus: ... l'acheteur en foire doit être reputé de bonne foy et semble par manière de dire que la foy publique luy est garend. Umgekehrt bei heimlichen Erwerb, insbesondere zu minderem Preis als die Sache wert ist, und gleichzeitiger Unauffindbarkeit des Veräußerers „en doit avoir grant presompcion contre ceus qui ainsi achatent", Beaumanoir § 739 (Salmon 1 381; Beugnot XXV, 22). Zu weit geht Franken S. 297 ff., wenn er nicht nur die Oeffentlichkeit als objektives Merkmal der Redlichkeit bezeichnet, sondern zugleich in dem objektiv oder subjektiv redlichen Erwerb einen eigentumsbegründenden Tatbestand erblickt, kraft dessen der Beklagte dem „mein" des Klägers contravindicando seinerseits auch ein „mein" entgegensetze. — Ueber eine ähnliche Gegenüberstellung von typisch verdächtigem und typisch unverdächtigem Erwerb im Codex Theresianus Nr. 47 bis 50 siehe Wellspacher S. 638 ff.

schen, ein für allemal feststehenden Tatbeständen zu erschließen.[26])

Der Lösungsanspruch war für den Entwerten aus dem Grunde von Bedeutung, weil die gestohlene Fahrnis oft von dem Dieb oder Hehler unter dem wirklichen Wert losgeschlagen wurde; in diesem Falle war es für den Entwerten vorteilhafter, die Sache einzulösen, statt sich einen Ersatz neu anzuschaffen. Aber auch wenn der Kauf- oder Pfandschilling dem Sachwerte gleichkam, war das Einlösungsrecht für den wahren Berechtigten unter Umständen wertvoll, weil die Sache für ihn einen Liebhaber- oder Erinnerungswert hatte.

2. Abschnitt.

Der Siegeszug der römischen unbeschränkten Fahrnisverfolgung und die Zeit des Mischrechts.

§ 6.

1. Das Vordringen des römischen Rechts.[1])

I. In der zweiten Hälfte des 13. und im 14. Jahrhundert erfolgte ein heftiger Vorstoß des römischen Rechts in die Gebiete des koutumiären Rechts.

Die Bewegung nahm ihren Ausgang von dem wieder erwachenden Studium der justinianischen Rechtsbücher. Im 12. Jahrhundert ließ die blühende Rechtsschule von Bologna das römische Recht in frischem Glanze erstrahlen. Die Franzosen, die dort studierten, blendete der Wunderbau des römischen Vermögensrechtes mit seiner Krönung in dem allumfassenden Begriffe des Eigentums, mit seiner logischen Schärfe und durchsichtigen Folgerichtigkeit. Wie minderwertig mußte ihnen demgegenüber das in unzählige Verästelungen zersplitterte, meist bloß mündlich überlieferte heimische Gewohnheitsrecht erscheinen. Kein Wunder, daß sie, nach Hause zurückgekehrt, eifrige Vorkämpfer des römischen Rechtes wurden. Nach dem Vorbild von Bologna bildeten sich auch in Frankreich Rechtsschulen zur Pflege des römischen Rechts.[2])

Die Juristen beginnen das einheimische Gewohnheitsrecht

---

[26]) Franken S. 299.

[1]) Warnkönig 2 58; Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter 3 75; Franken S. 149; Glasson 4 240 ff.; 7 32 ff.

[2]) Savigny a. a. O. S. 313 ff., E. Caillemer, L'enseignement du droit civil en France vers la fin du treizième siècle NRH. 3 599 ff.

aus dem römischen Recht zu erklären. So spickt der Verfasser der Etablissements de Saint Louis, der in der Hauptsache nur die ältesten, schriftlich aufgezeichneten Gewohnheiten von Anjou-Maine und Orleans wörtlich wiedergibt, seine Darstellung fortgesetzt mit Anführungen von unverstandenen Stellen aus dem Corpus iuris.[3]) Stärker ist der romanistische Einschlag bei Peter de Fontaines, der zum großen Teil bloß Stellen aus den Digesten und dem Kodex ins Französische übersetzt und ohne Verknüpfung und Verarbeitung aneinanderreiht.[4]) Noch kecker schwärzt der Verfasser der Livres de Jostice et de Plet das römische Recht ein. Er bringt im wesentlichen eine Umschreibung der Digesten, verdeckt aber sorgsam die Entlehnungen, indem er die Worte *praetor, praeses, senator, provincia, imperator* u. dgl. durch die Ausdrücke *bailli, prévôt, seignor, pays, terre, roy, reine* usw. ersetzt und die Entscheidungen von Ulpian, Pomponius, Florentin usw. Franzosen, wie Geoffroy de la Chapelle, Jehan de Beaumont usw., zuschreibt. Hier wird das römische Recht gegenüber dem heimischen nicht mehr bloß adiuvandi und supplendi, sondern bewußt corrigendi gratia herangezogen. Die Uebereinstimmung der Gewohnheit mit dem römischen Recht wird geradezu zum Prüfstein für ihre Richtigkeit und Angemessenheit.[5]) Im Gegensatz zu dem Verfahren jener Rechtsbücher steht die maßvolle Benutzung römischen Rechtes durch Beaumanoir.[6])

Freilich eilten die romanistisch gefärbten Rechtsspiegel vielfach der Wirklichkeit voraus und stellten einen erst angestrebten

---

[3]) Viollet, Et. d. S. Louis 1 84.

[4]) Savigny a. a. O. 5 499 ff.

[5]) De Fontaines XI, 1 (Marnier S. 58): Fermement doit garder la justice ce que la lois escrit enseigne . . . . Daselbst XV, 24 (Marnier S. 121): Molt doit-en amer l'usage et fermement tenir qui s'accorde à lois escrites: car plus seurement ne puet nus juger. Das vom römischen Recht abweichende Gewohnheitsrecht wird als „droict haineux" bezeichnet. Bouteiller I, 1 (S. 5): Droict haineux est le droict qui par le moyen de la coustume du païs est contraire au droict escrit, comme sont cas de retrait lignagier, qu'aucuns coustumiers appellent cas en droict de promesse ou autres plusieurs cas qu'à droict sont contraires et toutesfois coustume les souffre et appreuve. Grand Coutumier de France II, 2 (S. 190): Et es pays coustumiers les coustumes qui sont contraires au droict escript passent et destruissent le droict et sont appellées haineux de droict et quant la coustume s'accorde au droict escript l'en le dit droict commun.

[6]) Siehe oben § 2 I. Vgl. auch Dareste, Beaumanoir et le droit Romain NRH. 26 760.

Idealzustand dar. Doch übten sie einen starken Einfluß auf die Weiterbildung des heimischen Rechts aus, und in der gleichen Richtung wirkten die mit rechtsgelehrten Richtern besetzten höheren Gerichtshöfe. Als die heimischen Gewohnheitsrechte zufolge der Verordnung Karls VII. von 1453 amtlich aufgezeichnet wurden, waren sie meist schon vom romanistischen Geist durchtränkt; da und dort wurden auch gelegentlich der amtlichen Abfassung Sätze aus dem römischen Recht herübergenommen. Auf der anderen Seite wurde allerdings durch die schriftliche Festlegung der Stadt- und Landrechte dem weiteren Vordringen des römischen Rechtes Einhalt geboten, wenn auch immer noch eine romanisierende Auslegung der aufgezeichneten Bestimmungen und Ausfüllung der zahlreichen Lücken möglich blieb.

Die romanistische Durchdringung der nordfranzösischen Gewohnheitsrechte vollzog sich nicht an allen Orten und auf allen Rechtsgebieten gleichmäßig. Hier war sie rascher und gründlicher, dort zögernder und langsamer; oft stehen in demselben Rechtsbuch römisch-rechtliche und gewohnheitsrechtliche Sätze unvermittelt nebeneinander. Ihren Höhepunkt erreichte diese Entwickelung Ausgangs des 14. und im 15. Jahrhundert.

II. Im Schuldrecht war der Sieg der romanistischen Strömung am vollständigsten. Aber auch andere Gebiete wie das Sachenrecht wurden vom römischen Recht überwuchert. Schon frühzeitig kommen im Liegenschaftsrecht unter römischem Einfluß Besitzklagen und Ersitzung auf,[7]) die alte Verschweigungsfrist von Jahr und Tag wird teils zur Eigentumsersitzungsfrist,[8]) teils zur Voraussetzung für die Besitzklagen, während neben sie die römische Ersitzungsfrist von 10 und 20 Jahren tritt.[9]) Damit ist im Liegenschaftsrecht die Scheidung von possessorium und petitorium vollendet.[10])

Zäher hielt zunächst das heimische Fahrnisrecht stand. Noch der so stark romanistische Conseil des Peter de Fontaines

---

[7]) Glasson 7 278. Glasson, De la possession et des actions possess. au moyen âge, NRH. 14 588 ff.

[8]) Vgl. Assisen von Jerusalem C. d. B. 29 und 169 (Beugnot 2 35 und 115).

[9]) Beaumanoir §§ 685 und 686 (Salmon 1 347; Beugnot XXIV, 4 u. 5). Ueber die Entwickelung der Besitzklagen im französischen Recht zu vgl. Bruns, Recht des Besitzes im Mittelalter S. 353 ff. und Glasson, NRH. 14 588 ff.

[10]) Vgl. de Fontaines XXI, 10.

erwähnt unter den Fahrnisklagen die rei vindicatio nicht, sondern hält an der alten Gewerebruchsklage fest. Auch Beaumanoir kennt noch keine unbeschränkte Fahrnisverfolgung.[11]) Unter dem Einfluß des römischen Rechtes wurde zunächst die Schutzwirkung des Besitzes für das dingliche Recht nicht mehr an den Besitz als solchen geknüpft, sondern nur noch a) an gutgläubigen titulierten Besitz[12]) und b) an Besitz von bestimmter Dauer im Sinne des römischen Ersitzungsbesitzes.[13]) So kam die Fahrnisersitzung auf.[14]) Anknüpfungs- und Berührungspunkte boten einerseits die Verfolgbarkeit gestohlener Sachen nach koutumiärem Recht und andrerseits die Unersitzbarkeit von res furtivae nach römischem Recht. Sodann wurde der Unterschied zwischen entwerten und anvertrauten Fahrnissen

---

[11]) Siehe oben § 2 I.

[12]) Coustumes notoires 23 (Brodeau, Coustume de la Prevosté de Paris, Paris 1669 2 531): Meuble n'a point de suite et mesmement quand il est tenu à iuste titre et à bonne foy. Nur wird dieser Regel die sie zum größten Teil gegenstandslos machende Einschränkung angefügt: et la coustume est vraye au cas que par execution aucun creancier auroit vendu et livré les biens de son obligié sans opposition pour sa debte, ils ne pourroient estre suivis sur l'achepteur. Ebenso die sog. Decisions de Messire Jean des Mares 165 (Brodeau a. a. O. S. 579): Mueble n'a point de suite: c'est à entendre quant est tenu à iuste tiltre et à bonne foy et que par execution le creancier auroit vendu et livré iceux biens de son obligié et sans opposition avec la solemnité qui y appartient. Franken S. 309. Ueber des Mares vgl. Bourquelot, RH. 4 244 ff. Siehe auch alte Gew. von Ponthieu aus dem Anfang des 14. Jhd. Art. IX (Marnier, Ancien Coutumier inédit de Picardie S. 122): Possession sans title souffissant n'est de valeur.

[13]) Livre des Droiz 51 (Beautemps-Beaupré 1 346): De combien de temps tenue deffent homme en action royal [= réelle], c'est assavoir d'an et jour par la coustume entre présens, par quoy ilz ne soient cousins germains ou plus près; et selon droit de dix ans: toutesvoies en vray tiltre. Et en choses meublaux achatées de III ans selon droit et d'an et jour par la coustume, si elles ne sont demandées comme emblées ou tolues: car en cest cas l'action durroit jusques à XXX ans. Gewohnheit von Anjou (1411) Art. 287 (Franken S. 307): „La coustume est telle que si aucun à bon tiltre posside publicquement et notoirement en la présence d'iceluy qui pourroit prétendre que avoit droit ou luy estant ou pays qui le puisse savoir ou ne le deveroit ignorer, aucun meuble trois ans, il acquiert droit à la chose. Et au dessoubz de troys ans si elle luy estoit demandée, il conviendroit qu'il monstrast son garant. Et s'il n'avoit garant, en provant son tiltre de bonne foy il seroit excusé quant au crime, s'il estoit poursuy en matière d'adveu ou de dénonciement . . . ."

[14]) Siehe unten § 7 V.

verwischt, indem die Klage um entwerte Fahrnis auch auf unterschlagene Sachen ausgedehnt wurde, weil auch die Unterschlagung nach römischem Recht ein furtum, eine contrectatio fraudulosa ist.[15])

§ 7.

2. Die unbeschränkte Fahrnisverfolgung.

I. Im 14. und 15. Jahrhundert hält der römische Satz *ubi rem meam invenio ibi vindico* mit seiner einleuchtenden Folgerichtigkeit auch in den Ländern des Gewohnheitsrechts siegreich seinen Einzug.[1]) In weitem Umfang verdrängt er die dort bisher geltende germanische Beschränkung der Fahrnisverfolgung. Die alte Regel *meubles n'ont point de suite* findet auf die Eigentumsverfolgung keine Anwendung mehr.[2])

---

[15]) Assisen von Jerusalem, C. d. B. 244 (Beugnot 2 183): Est autem furtum fraudulosa contrectatio rei alienae mobilis vel se moventis, domino invito. Daher kann nach C. d. B. 102 (Beugnot 2 74) der Eigentümer das vom Mieter veräußerte oder verpfändete Pferd in die dritte Hand verfolgen. Siehe oben § 3 Anm. 10. Livres de Jostice et de Pleit XIX, 18 (Rapetti S. 297): § 1. Larrecin et traïson puent estre appelé ensemble, si comme serjant enble les choses [de] son seignor qu'il doit garder. Et an queconz manière aucun s'otroit les choses qu'il doit garder ce est larrecin et traïson. § 3. A totes les foiz que aucuns qui garde la chose et la sotret anprès la cèle c'est larrecin et traïson. Diese romanisierende Lehre konnte anknüpfen an die im heimischen Recht anerkannte Verfolgung vom Gesinde abgetragener oder vom Handwerker unterschlagener Fahrnisse in die dritte Hand (vgl. § 3 I 4). Siehe auch die Gewohnheiten von Berry (1539) Tit. XVII § 7 ff. (B. d. R. 3 965) und von Nivernois, c. 21 § 16 (B. d. R. 3 1145), wonach im Falle der Viehverstellung der Versteller (bailleur) die vom Einsteller (preneur) veräußerten oder von den Gläubigern des Einstellers im Wege der Zwangsvollstreckung versteigerten Tiere in die dritte Hand verfolgen kann, sowie H. Meyer, Entwerung S. 279 ff.

[1]) Livres de Jostice et de Pleit XIX, 23 § 3: „L'en puet demender moble par la reson d'eschoete [Erbfolge] et par autre tel manière com l'en puet demander héritage. Et en cele manière le puet le mostrer à avérer et deffandre com l'en puet d'éritage". Grand Coutumier de France 2 16 (Laboulaye-Dareste S. 225): „Nota que en cas de reivendication ou l'en faict demande d'héritaige ou demande de meuble". Daselbst III, 53 (S. 532) Muster einer Klagschrift mit Anklängen an die alte Gewerebruchklage: „. . . Et primo que en tel temps il acheta de tel ledict sac et depuis en a jouy et usé et possesse paisiblement et publiquement sans contredict au veu et sceu, etc. Et sans ce que depuis icelluy temps il feist ou ait faict chose quelconque par quoy il en deust perdre la possession et saisine."

[2]) Franken S. 269.

Nicht wirtschaftliche Triebkräfte haben der römischen Vindikation Bahn gebrochen; im Gegenteil wären die früheren Schranken der Fahrnisklage für den wachsenden Handelsverkehr nur förderlich gewesen. Doch die geistige Strömung, welche die Bildung und das Recht des Römerreichs wieder an die Oberfläche trug, war mächtiger als alle wirtschaftlichen Bedürfnisse und Erwägungen.

II. Die alte Klage um entwerte Fahrnis hat vor ihrer siegreichen Nebenbuhlerin nicht kampflos das Feld geräumt. Die römische Eigentumsklage (rei vindicatio) tritt zunächst bloß unvermittelt neben die Gewerebruchsklage des Gewohnheitsrechts.

So gibt Bouteiller dem entwerten Eigentümer das Wahlrecht zwischen der alten Klage um entwerte Fahrnis, die er *action de furtive* nennt,[3]) und der neuen Eigentumsklage, doch bezeichnet er die letztere als „*plus gracieuse*", weil sie von strafrechtlicher Beimengung frei ist.[4]) Der Eigentümer kann auch anvertraute Fahrnisse in die dritte Hand verfolgen.[5])

Dieselbe zwiespältige Regelung begegnet uns im Livre des Droiz et des Commandemens[6]) und bei Claude Liger.[7])

---

[3]) Bouteiller, Buch 1 Tit. 27 (S. 259) und Tit. 35 (S. 418 ff.).

[4]) Bouteiller, Buch 1 Tit. 27 (S. 259): „Reivendication. Après s'appelle action de reivendication, si comme quand aucuns detiennent la chose d'autruy, sans et outre le gré de celuy à qui elle est: pour la ravoir peut on intenter action de reivendication, car souvent on ne veut pas clamer la chose comme emblée pour cause de crime qui s'en pourroit ensuivir, toutesfois est-ce une mesme substance: mais la reivendication est plus gracieuse, et n'ameine crime, si la rigueur du iuge ne voit que larrecin par furt si soit embatu. C. de rei vind. per totum." Daselbst Buch 1 Tit. 43 (S. 547): „Rei vendication est une action qu'on doit avoir contre celuy qui tiendroit aucune chose contre le gré de celuy à qui ce seroit et sans iuste tiltre: si comme qui tiendroit ma chose par larrecin et qui mis l'auroit en la main de tel en garde . . . ."

[5]) Bouteiller, Buch 1 Tit. 48 (S. 585): „Item et si aucun avoit aucune chose engagee pardevers autre et celuy à qui elle seroit engagee, la vendoit à autre, sçachez que le vray seigneur de la chose la peut tousiours retraire et repeter et r'avoir la doit: car droict de usucapion ne s'acquiert par nul mal engin: car le vendeur en ce faisant commet larcin non appert. C. li. 7 rub. dicta l. cum sit probatum rem.

[6]) Livre des Droiz behandelt in c. 109 (Beautemps-Beaupré 1 360) die Klage um entwerte Fahrnis und in c. 131 (1 372) die rei vindicatio: „De demande de chose meublau faire action royal puet l'en bien en aucun cas, si

Schließlich verschwindet diese Zweiheit und die Eigentumsklage setzt sich an die Stelle der Klage um entwertes Gut, der sie freilich manche Züge entlehnt.[8])

III. Der Bannerträger der römischen unbeschränkten Fahrnisverfolgung auf dem Zuge nach dem Norden war das Pariser Parlament. Auf seine romanisierende Rechtssprechung werfen zwei Rechtssprüche ein Licht, die Bouteiller in seiner „Somme rural“ anführt.[9])

Im einen Fall handelte es sich um die Verpfändung einer Fahrnis durch den mit der Bearbeitung betrauten Handwerker. Ein Pariser Bürger hatte einem Bleicher Leinwand zum Bleichen übergeben. Der Bleicher, der in Geldnöten war, versetzte den Stoff bei einem Juden. Auf die Klage des Eigentümers wollte der Jude die Sache nur gegen Erstattung des Pfandschillings und der Zinsen aushändigen. Der Kläger bekämpfte dies Be-

---

comme l'en diroit tel meuble est miens et si me appartient par l'eschoecte ou par la succession d'autruy qu'il nommera. Et en moult d'autres manières en icelle matière de rei vendicacione“.

[7]) Claude Liger, Les coustumes d'Anjou et du Maine selon les rubriches de Code (1437) behandelt die Gewerebruchsklage in den Art. 798 und 802 (van Bemmelen S. 313). Art. 798: Chose qui a esté emblee et suie celui la pert qui l'a achactée et aussi le chateil qu'il y a mis, s'il ne l'a achacté en foire et qu'il fust marchant accoustumé d'achacter telles choses ou s'il a garant . . . Art. 802: Celuy qui suyt sa chose comme emblée doit jurer qu'elle soit sienne, pour quoy [vorausgesetzt, daß] il soit de bonne renommée. Et si celui sur qui la chose sera trouvée, dit qu'il a achatée bien et loyaument, neantmoins perdra il la chose et l'argent qu'elle lui aura cousté . . . . Die römische Vindikation erscheint in dem Titel de rei vendicacion Art. 397 ff. (van Bemmelen S. 314). Art. 397: Rei vendicacion est action reelle appartenant au seigneur d'aucune chose corporelle contre le pocesseur d'icelle pour la recouvrer et avoir. Art. 398: Si aucun est en pocession et saisine d'aucun heritaige ou autre chose corporelle, comme d'aucun meuble et autre die icelle chose estre estre sienne et lui appartenir à juste tiltre en propriecté et seigneurie, il peut icelle demander au pocesseur davant juge compectant par rei vendicacion, hoc est par simple demande et action pétitoire . . . Art. 399: Lequiel demandeur doit avoir les choses ainsi demandées en informant le juge de ses tiltres et droiz, si le pocesseur ne maintient tiltre ou tenement au contraire. Art. 400: Mais celui qui est en pocession de ladicte chose, dont le plait pend en simple demande sur le pétitoire, doit demourez saisi jusques ad ce que sentence soit rendue et donnée contre lui. Vgl. ferner Art. 511 und 512 (van Bemmelen S. 315 ff.), sowie 1280 (van Bemmelen S. 316).

[8]) Siehe § 8.

[9]) Bouteiller, Buch 1 Tit. 43 (S. 550 ff.); auch abgedruckt bei Franken (S. 286 ff.).

gehren mit der Begründung, daß gegen die rei vindicatio eine derartige Einrede nicht zulässig sei. Der Prevost von Paris sprach dem Kläger die Sache ersatzlos zu. Das Pariser Parlament verwarf die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung des Juden.

In dem anderen Rechtsstreit verlangte ein Bürger von Doornik (Tournay) einen ihm abhanden gekommenen Panzerrock (cotte de fer) mit der Eigentumsklage von dem Inhaber zurück. Der Beklagte entgegnete unter Hinweis auf das Gewohnheitsrecht, daß er die Sache nur gegen Ersatz des Kaufschillings herauszugeben brauche. Das Gericht holte beim Parlament zu Paris ein Rechtsgutachten ein. Die Antwort lautete: „*que le droit de reivendication sortiroit et tiendroit lieu, nonobstant coustume du contraire, laquelle en ceste partie nestoit pas tollerable contre le droict escrit.*“ Demgemäß erkannte das Gericht nach dem Klagantrag.

IV. Vom 14. bis ins 18. Jahrhundert herrschte in der Rechtslehre der Grundsatz der unbeschränkten Fahrnisverfolgung durchaus vor. Außer den schon genannten Anhängern der rei vindicatio gewähren u. a. Pyrrhus Englebermeus, Le Brun, Masuer, Charondas le Caron, Guy Coquille, Fleury, Claude de Ferriere, Domat, Argou, Brillon und Pothier die römisch-rechtliche Eigentumsklage in gleicher Weise für Fahrnisse und Liegenschaften.[10]) Auch die amtlich abgefaßten Stadt- und Land-

---

[10]) Pyrrhus Englebermeus, Consuetudines Aurelianae (Paris 1547), Bem. zum Abschnitt de possessoriis iudiciis, Kap. 4 (Bl. 164): An Fahrnissen grundsätzlich keine Besitzklagen . . . „Dantur ergo aliae actiones, ut rei vendicatio, actio in factum ad exhibendum, condictiones et similia.“ Le Brun, Proces civil et criminel (1628) S. 298: „L'action reelle est la poursuite que nous faisons de la chose meuble ou immeuble qui nous appartient, contre celuy qui la possede iniustement, estant reçeu pour general axiome en droict, que rem meam, sive mobilis sive immobilis sit, apud quemcumque possessorem vendicare possum . . .“ Baritel-Molin, Institution au droit français (1692) IV, 3 (2 413): „Le débiteur ne peut engager que les meubles qui lui appartiennent et s'il avoit engagé les meubles d'un autre, le proprietaire les pourroit revendiquer et se les faire rendre sans payer la dette pour laquelle ils ont été engagés, cela est sans difficulté“. Ebenso Argou, Institution au droit français, Buch 4 Kap. 3. Charondas le Caron, Pandectes françaises (1637), Buch 4 (vgl. Poincaré S. 78): „. . . Et en cette action [rei vindicatio] est traitée la propriété de la chose soit mobiliaire soit immobiliaire et chacun la vindique et maintient luy appartenir“. Guy Coquille, Institution au droit français (Werke — Ausgabe von 1703 — 3 118): „La chose mobiliaire vûe à l'oeil peut être saisie par autorité de justice à l'effet de vendication. Et

rechte kennen in ihrer großen Mehrzahl die unbeschränkte Fahrnisklage,[11]) soweit sie sich zur Frage überhaupt äußern.

V. Als Gegengewicht gegen die rei vindicatio war die Zulassung der dem früheren koutumiären Recht fremden Fahrnisersitzung ein dringendes Bedürfnis.[12]) Während die meisten Gewohnheiten eine ordentliche Liegenschaftsersitzung von 10 bzw. 20 Jahren oder von 30 Jahren vorsehen,[13]) besteht auf dem Gebiet der Fahrnisersitzung bis zur französischen Staatsumwälzung die buntscheckigste Mannigfaltigkeit.

Manche Quellen stellen eine Fahrnisersitzung von 20,[14]) 10,[15]) 5,[16]) 3[17]) Jahren oder von 1 Jahr[18]) auf. Gelegent-

---

si elle n'est vûe, le detenteur sera appellé pour l'exhiber." Brillon, Dictionnaire des arrests (1711) 3 500, Stichwort Revendication, und de Ferriere, Introduction à la pratique (1679), Stichworte reclamer (S. 140) und revendication (S. 265) bezeugen, daß der Ausdruck revendication vorwiegend und im eigentlichen Sinne nur für die dingliche Klage um Fahrniseigen gebraucht wurde. Siehe ferner de Ferriere, Nouveau Comm. sur la coutume de Paris (1770), Erl. zu Art. 97 der Gewohnheit von Paris (1 202); de Ferriere, Dictionnaire de droit et de pratique — Ausgabe von 1769 — 2 532 ff. Stichwort revendication, Masuer Practica forensis Titel X, Fleury, Institution au droit français V, 10 (Laboulaye-Dareste 2 31). Ueber Pothier vgl. unten § 10.

[11]) Gew. von Clermont en Beauvaisis (1496) Art. 244 (NRH. 27 504): Par revendicacion en peult faire demande de héritages ou de meubles. Vgl. ferner die Gewohnheiten von Poitou 385, 397, 404, Touraine 370, Anjou 146, 419, 420, Saintonge 114, La Rochelle 20 u. 25, Bayonne XIV, 1, Marche 7, Etampes 167, Melun 325, Orléans 454 u. a.

[12]) Siehe oben § 6 II, sowie van Bemmelen S. 338 ff., Poincaré S. 74 u. 79 ff., Glasson 7 249 ff., Beaune, Introduction à l'étude historique du droit coutumier français S. 549 ff., Brissaud 2 1212 und 1262 ff.

[13]) Vgl. Gewohnheit von Paris (1580) 113 ff. (B. d. R. 3 39) und die Zusammenstellung bei Guennoys, La conférence des coustumes du royaume de France (Paris 1596) Bl. 420 ff.

[14]) Gewohnheiten von Boulenois 1493 Art. 66 (B. d. R. 1 33), 1550 Art. 120 (B. d. R. 1 57), S. Omer 1612 Art. 75 (B. d. R. 1 288).

[15]) Gewohnheiten von Valenciennes 1540 Art. 89 (B. d. R. 2 223), 1619 Art. 94 (B. d. R. 2 247), Bouillon XXIII Art. 1 (B. d. R. 2 863). Bretagne A. Gew. (1539) Art. 274 (B. d. R. 4 306).

[16]) Bretagne NG. 1580 Art. 284 (B. d. R. 4 379).

[17]) Melun AG. Art. 75 (B. d. R. 3 418), NG. Art. 169 (B. d. R. 3 446), Eu Art. 217 (B. d. R. 4 196), Amiens NG. Art. 163 (B. d. R. 1 183), Peronne Art. 214 (B. d. R. 2 638), Clermont en Argonne XXIV, 8 (B. d. R. 2 882), Anjou Art. 419 (B. d. R. 4 574), Maine Art. 434 (B. d. R. 4 510), Sedan Art. 324 (B. d. R. 2 836). Sedan Art. 325 setzt die Ersitzungsfrist für auf Messe oder Markt gekaufte Fahrnisse auf 1 Jahr fest, nach Ablauf der Jahresfrist können

lich ist nicht klar zu ersehen, ob sie eine wahre Ersitzung oder eine bloße Klagbefristung in Anlehnung an die ehemalige Verschweigung im Auge haben.[19]) In anderen Bestimmungen wirkt wohl der Verschweigungsgedanke darin nach, daß die Ersitzung auf eine Untätigkeit des Berechtigten trotz Kenntnis oder Erkennbarkeit des seinem Rechte widerstreitenden Zustandes zurückgeführt wird.[20])

---

auch gestohlene Fahrnisse dem Erwerber nicht mehr abgefordert werden. Nach Sedan Art. 326 werden gerichtlich versteigerte Fahrnisse mit der Uebergabe an den Ersteher dessen unwiderrufliches Eigentum, außer wenn sie gestohlen sind; letzterenfalls kann sie der Eigentümer von dem Ersteher binnen 8 Tagen nach dem Verkauf gegen Ersatz des Kaufschillings zurückverlangen. Grafschaft Burgund Art. 51 (B. d. R. 2 1197): . . . usucapions de chose meuble demourent selon l'ordonnance et disposition de droit escrit. Für dreijährige Fahrnisersitzung auch Bouteiller I, 19 (S. 142); er läßt die usucapion zu an „choses mobiles que par l'espace de trois ans on possede à tiltre droicturier." Vgl. indes daselbst I, 27 (S. 260; siehe unten Anm. 18). Livre des Droiz 697 (Beautemps-Beaupré 2 158): Usecapion si est appellé selon droit quant aucun a tenu une chose meublau par III ans; il est vray seigneur puis qu'il usecapit, id est mis en son usage le temps dessus dit la chose et ne la puet autre demander. Grand Coutumier de France II, 8 (Laboulaye-Dareste S. 198): Et est assavoir que l'en dit prescription ès choses immeubles ce que l'en dit en meubles usucapion . . . . . Usucaption qui a iuste tiltre si acquiert à trois ans.

[18]) Sedan Art. 325 für auf der Messe oder auf dem Markt gekaufte Fahrnisse. Vgl. auch Livre des Droiz 51 (Beautemps-Beaupré 1 346; siehe oben § 6 Anm. 13); Bouteiller I, 27 (S. 260): Apres s'appelle action de usucapion comme si aucun a possedé la chose meuble d'autruy à iuste tiltre par un an ou plus, à luy peut et doit appartenir par action de usucapion qui ne s'estend que sur biens meubles.

[19]) Vgl. Melun NG. von 1560 Art. 169 (B. d. R. 3 446): Quand aucun a jouy d'un meuble publiquement, sans fraude, par l'espace de trois ans continuels sans interruption et inquietation d'autruy, après lesdits trois ans passez, nul ne peut pretendre et n'est recevable à repeter ou demander tel meuble sur ledit possesseur. Deutlicher drückt sich die AG. von 1506 Art. 75 (B. d. R. 3 418) aus: Par ladite costume usucapion a lieu quand aucun meuble est possidé publiquement par aucune personne sans fraude par l'espace de trois ans continuelz sans interruption n'alienation et aussi sans inquietation d'autruy qui die iceluy meuble à luy appartenir.

[20]) Anjou (1508) Art. 419 (B. d. R. 4 574): Si aucun à bon titre possede publiquement et notoirement aucun meuble par III ans continuels, en la presence d'iceluy qui pourroit pretendre y avoir droict ou luy estant au pays tellement qu'il le puisse sçavoir et n'en puisse vray-semblablement pretendre cause d'ignorance, il acquiert le droit de la chose et s'en peut defendre contre tous ceux qui aucune chose y voudroient pretendre et demander. Oeffentlichkeit und Offenkundigkeit des Besitzes sind wohl auch deshalb betont,

An gestohlenen Sachen ist die Ersitzung teils überhaupt ausgeschlossen, teils an dreißigjährigen Besitz geknüpft.[21])

Die meisten Stadt- und Landrechte enthielten jedoch keine Vorschriften über Fahrnisersitzung. Einige bestimmten noch ausdrücklich, daß die dreijährige Ersitzung, die usucapio des römischen Rechtes, nicht Platz greife.[22]) Es blieb daher bis zur Schaffung des französischen bürgerlichen Gesetzbuches in Rechtslehre und Rechtsprechung strittig, was hinsichtlich der Fahrnisersitzung in den schweigenden Gewohnheitsrechten gelte. Die einen entschieden sich für die dreijährige[23]) oder zehn- und zwanzigjährige Ersitzung, die Mehrheit dagegen für die dreißigjährige Ersitzung.[24])

---

weil sie als objektive Merkmale der Redlichkeit gelten, wie umgekehrt Heimlichkeit des Besitzes (clandestinité) nach Dunod de Charnage, Prescriptions (1744) I, 6 (S. 31) ein Hindernis der Ersitzung ist, denn „clandestinum factum semper praesumitur dolosum".

[21]) Gew. v. Bouillon XXIII, 6 (B. d. R. 2 863): En prescription de meuble est requis que la chose ne soit vitieuse comme furtifve ou violemment ravie, voire nuit le vice reel ors qu'à l'acquesteur. Pocquet de Livonniere, Règles du droit françois, Buch 4 c. 10 Regel 15: Les choses furtives et volées ne sont point sujettes à la prescription et le propriétaire les peut vendiquer en quelques mains qu'il les trouve. Ebenso de Saint Vast, Comment. sur les coutumes du Maine et d'Anjou 4 85 zu Art. 434 und 435 der Gew. v. Maine und Anjou. Henrys Werke Buch 4 Frage 162 (2 903): . . . . in re furtiva et in re vi possessa . . . . le vice réel passe aux successeurs. Dagegen: Baritel-Molin, Institution au droit français (1692) II, 10 (1 260): Les choses dérobées ne se pouvoient jamais prescrire par le droit Romain; mais parmi nous elles se prescrivent par 30 ans. Ebenso Argou, Institution au droit français, Buch 2 Kap. 10. Fleury, Institution 3, 16 (1 296): Les choses qui ne peuvent être acquises par prescription sont les meubles dérobés et les immeubles dont le juste possesseur a été dépossedé par violence, car ces sortes de choses ne peuvent être prescrites en quelques mains qu'elles passent, si ce n'est après trente ans.

[22]) Gewohnheit von Bourges III, 7 (B. d. R. 3 909): Selon la coustume usucapion n'a point de lieu. Berry (1539) t 12. Art. 10 (B. d. R. 3 959): Prescription triennale ès choses meubles que l'on appelle selon le droict usucapion n'a lieu par la coustume du pays et duché de Berry.

[23]) Pocquet de Livonniere, Règles du droit françois IV, 10 Regel 13: De droit commun les meubles se prescrivent par une possession publique et paisible de trois ans avec titre et bonne foi. Dunod de Charnage, Traité des prescriptions II, 5 (Paris 1744 S. 150). Chassenaeus, Consuetudines ducatus Burgundiae Abschnitt XIII § 8. Bedenken gegen diese Ansicht: Wenn die Gewohnheiten für Liegenschaften ausdrücklich die römischen Ersitzungsfristen übernehmen, dagegen hinsichtlich der Fahrnisersitzung schweigen, liegt der Umkehrschluß nahe, daß sie diese Ersitzungsfristen für Fahrnisse ablehnen.

[24]) Boerius, Cons. Bituric. Titel Des coustumes touchant prescription

§ 8.

3. Die Fahrnisklage des Mischrechts.[1])

I. Auch nachdem sich die unbeschränkte Fahrnisverfolgung durchgesetzt hatte, wirkte der ehemalige Rechtszustand noch in mancherlei Erscheinungen fort. Der eine oder andere Gedanke des alten Fahrnisrechtes wurzelte so tief in dem Rechtsbewußtsein des Volkes, daß ihm das römische Recht nichts anhaben konnte. Andere Sätze des heimischen Rechtes wurden bloß romanistisch aufgeputzt oder infolge mißverständlicher Auslegung der römischen Quellen beibehalten. So bildete sich auch in Frankreich ein neuzeitlicher Brauch (usus modernus) des römischen Rechtes heraus.

II. Vor allem gingen in die neue Klage um Fahrniseigen manche Züge der vormaligen Gewerebruchsklage über. Zwar konnte der Eigentümer einer Fahrnis, die ein anderer unrechtmäßig besaß, die Herausgabe mit einer der römischen rei vindicatio entsprechenden schlichten Eigentumsklage („demande simple") durchsetzen.[2]) Allein daneben stand ihm auch

---

§ 7: Item selon la coutume usucapion n'a point de lieu . . . . Nota quod de consuetudine Biturigum et ducatuum Borboniae et Burgundiae ac patriae Alverniae et regni Franciae bona mobilia et immobilia XXX annis et non minori spatio prescribuntur, quia usucapio quae in mobilibus locum habet . . . ., per hanc consuetudinem tollitur. Imbert, Enchiridion iuris (1647) S. 376: Usucapio moribus nostris antiquata est . . . . . mobilia non nisi XXX annis posse praescribi. Imbert, Inst. forens. I, 35 (Ausg. von 1596 Bl. 162): Usucapion tollue. En outre, selon nostre style de France, usucapion n'a point de lieu, c'est à dire que l'on ne prescrit point les meubles pour les avoir possedez par trois ans continuels à bonne foy, mais est requis en prescription de meubles tels laps de temps qu'a prescrire les immeubles. Fontanon zu Masuer Titel XXII: Vray est que l'usucapion de trois ans pour choses mobiliaires est auiour d'huy abrogée en France, comme a noté M. Boyer sur la coustume de Bourges tiltre des prescriptions § 7. Nach Guyot Rep. 13 357 Stichwort prescription Sect. II § VI verlangte auch die Rechtsprechung der Parlamente von Bordeaux und Toulouse für die Ersitzung von Fahrnissen eine Frist von 30 Jahren, desgleichen ein Erkenntnis der großen Kammer des Pariser Parlaments vom 11. Juli 1738. Guyot bezeichnet dies als gemeines Recht der Länder des Gewohnheitsrechts. Freilich war eine solche lange Fahrnisersitzungsfrist, vom Standpunkte der Rechtssicherheit aus betrachtet, sehr unzweckmäßig. Siehe Pothier, Prescription Bemerkung 207 (Bugnet 9 387).

[1]) Jobbé-Duval S. 190 ff. Poincaré S. 74 ff.

[2]) Claude Liger, Les coustumes d'Anjou et du Maine selon les rubriches de Code (1437) Art. 398 (van Bemmelen S. 314. Siehe oben

eine förmliche Eigentumsklage zur Verfügung, die mit der Beschlagnahme der streitigen Fahrnis begann und zu ihrer gerichtlichen Verwahrung führte.[3])

Diese förmliche Eigentumsklage, die im Rechtsleben der schlichten Klage vorgezogen wurde, wird in zahlreichen Quellen als *aveu* oder *adveu* (von *advocare* = beanspruchen) bezeichnet.[4]) Dem Ansprechen der Sache durch den Kläger (aveu)

---

§ 7 Anm. 7) . . . il peut icelle demander au pocesseur davant juge compectant par reivendicacion, hoc est par simple demande et action petitoire. Imbert, Inst. for., I, 17: „. . . . . par la demande simple ne peut estre entendue autre chose que l'action pétitoire . . .“ Bei dieser schlichten Eigentumsklage blieb der Beklagte während des Rechtsstreites im Besitz der strittigen Fahrnis. Claude Liger a. a. O. Art. 400.

[3]) Grand Coutumier de France II, 16 (Laboulaye-Dareste S. 225): „De reivendication. Nota que en cas de reivendication ou l'en faict demande d'héritaige ou demande de meuble. Se l'en faict demande d'héritaige, le possident ne doit point estre desapointé de sa possession au commencement ne pendant le plait. Mais si on reivendique ou fait demande de meuble, en ce cas le demandeur dès le commencement du plaid peult par la justice du lieu faire mettre la chose en la main du roy et icelle faire arrester de la possession d'icelluy qui l'a, et par la main de justice la faire mettre en main séquestre et seure, jusques à ce qu'il soit venu en jugement . . .“ Gewohnheit von Reims 406 (B. d. R. 2 517): Toute personne dessaisie d'aucun meuble bestial ou autre chose mobiliaire qu'il sçait et cognoit estre en la possession d'un autre peut faire saisir et arrester la chose mobiliaire en la main de la justice du lieu ou elle sera trouvée et la faire mettre en garde et depost en lieu seur jusques à que, les parties ouyes, en soit ordonné par justice. Etampes (1556) Art. 167 (B. d. R. 3 104): Est loisible à toutes personnes vendiquer chose mobiliaire a luy appartenant trouvée et veue à l'oeil en la main d'un tiers et la faire saisir, arrester et mettre en la main de justice par un sergent et s'il ne la voit à l'oeil peut faire appeller le tiers detenteur pour l'exhiber à fin de vendication.“ AG. von Melun (1506) Art. 73 und 74 (B. d. R. 3 418).

[4]) Gew. v. La Rochelle 1514 c. VII Art. 20 (B. d. R. 4 856): „Aucun pretendant droit de seigneurie en aucune chose meuble le peut advouer en la presence d'un sergent du lieu ou est ledit meuble en baillant caution d'ester et fournir à droit; et est le sergent qui reçoit ledit adveu, tenu sequestrer incontinent la chose advouée, nonobstant oppositions ou appellations. Et lesdits adveuz et sequestrations faits, les doit notifier et signifier à la partie dont il sera requis par l'advouant et le sommer de contravouer, si faire le veut, dedans huitaine après ladite notification, à quoy il sera receu dedans ladite huitaine en baillant caution au juge ou sergent. Et ladite huitaine passeé la chose advouée et non contravouée doit estre delivrée audit advouant. Vgl. hierzu Valin 1 476, Bem. zu Art. 20. Gew. v. Anjou-Maine (1496) Art. 201

mußte hier der Beklagte binnen bestimmter Frist sein *contre-aveu* entgegensetzen, d. h. die Erklärung, daß er sein Recht an der Sache verteidigen wolle. Andernfalls wurde die Fahrnis dem Kläger ohne weiteres ausgehändigt.

Nur eine andere Bezeichnung für dieselbe förmliche Eigentumsklage ist es, wenn andere Quellen von *rentrerie*[5]) oder

---

und 202. Anjou (1508) Art. 146. Gew. v. Saintonge (1520) Art. 114 (B. d. R. 4 879): „Avant qu'aucun soit receu a faire arrest ou adveu sur biens meubles convient qu'il baille caution au ressort et siege, autrement il est nul." Acs (B. d. R. 4 925) Tit. 16 Art. 8: „Reservé que ès choses meubles l'on pourra proceder par séel ou adveu." Bayonne (1514) Tit. 14 Art. 1 (B. d. R. 4 957): „Si aucun habitant de ladite ville et cité de Bayonne veut metre ban, adveu, aurrest ou autre empeschement sur aucune chose meuble ou sur les fruits pendans en chose immeuble pour raison de ce qu'il pretend la chose meuble luy appartenir ou aucun debte luy estre deu par le possesseur desdites choses meubles ou immeubles, où y a fruits pendans, doit aller pardevant le maire ou son lieutenant . . ." Lodunois c 37 Art. 6 (B. d. R. 4 736): „En chose mobiliaire chet adveu et contre adveu . . ." Poitou AG. 340 (B. d. R. 4 769): „. . . la chose mobiliaire contentieuse doit estre saisie et sequestrée pendant l'adveu et jusques autrement en soit ordonné . . ." Entsprechend NG. 404 (B. d. R. 4 814). Imbert, Inst. for., I, 17: „. . . Et pour premierement parler d'adveu parce que c'est un remede possessoire, qui compete pour meuble il va de coustume estre formé en ceste maniere, sçavoir est, que le demandeur trouve moyen de veoir la chose mobiliaire qu'il veut advouer et en presence d'un sergent declare qu'il est seigneur et possesseur d'icelle chose et l'advoue et requiert le sergent qu'il l'ait à sequestrer et mettre en main tierce et si le defendeur et detenteur est present et ne die rien, le sergent sequestrera la chose realement et de fait et luy donnera adiournement pour se venir contr' advouer. . ." Vgl. auch H. Meyer, Entwerung S. 288 ff. Bouchet, Nouvelle forme et ordre de plaider en toutes les courts royales et subalternes de ce Royaume (Paris 1574), Kap. 17 (Bl. 46): „. . . . quand aucun a perdu la possession reelle de sa chose et il la trouve entre les mains d'un autre qui l'exploite et la detient: il peut aller vers le seigneur iusticier, en la iurisdiction duquel est ladicte chose, ou son seneschal ou sergent . . . et soy advoüer sur ladite chose, disant, que iaçoit ce que la dicte chose luy appartint et en eust la possession par an et par iour, neantmoins un tel l'en a dessaisi puis an et iour et la detient et contredict luy rendre . . ."

[5]) G. de Montfaucon über die Gewohnheit von Reims (van Bemmelen S. 324): L'action de reivendication des biens meubles que l'on nomme vulgairement à Reims et à l'environ „rentreries" se peut intenter et mouvoir par un chacun soy disant propriétaire d'aucune pièce de meubles . . . et par ung sergent ou officier de justice, qui icelle chose mectera en garde et depost en lieu seur, es termes d'icelle justice, jusqu'a ce que par le juge soit ordonné.

entiercement[6]) sprechen. Diese beiden anderen Spielarten der förmlichen Eigentumsklage unterscheiden sich von dem adveu im wesentlichen nur dadurch, daß bei ihnen die förmliche Gegenvindikation des Beklagten fehlt.

Die Beschlagnahme der Fahrnis wurde auf den bloßen Antrag des angeblichen Eigentümers von einem Gerichtsboten (sergent) vollzogen. Einer vorherigen richterlichen Erlaubnis bedurfte es hierzu nicht. Zum Zweck der Beschlagnahme durfte der Berechtigte mit dem Gerichtsboten in die Behausung des vermeintlichen Besitzers eindringen und die Fahrnis, falls sie augenfällig war, wegnehmen.[7]) War die Fahrnis verborgen, so gewährten manche Rechte dem Eigentümer eine Klage auf Vorlegung der Sache zur Besichtigung, worauf dann die Beschlagnahme stattfinden konnte.[8]) Nach einigen Quellen konnte der Beklagte beim Gericht beantragen, daß ihm die Fahrnis für die

---

[6]) Orléans, NG. 454 (B. d. R. 3 805): La chose mobiliaire estant veue à l'oeil peult estre entiercée sauf le droict d'autruy. Et si arrest est faict sur chose mobiliaire à la requeste d'aucun contendant la seigneurie, tel arrest pourra par ledit arrestant estre tourné et converty en entiercement pourveu que en faisant ledit arrest lesdites choses mobiliaires ayent esté veues à l'oeil par le sergent qui a faict lesdicts arrests. Et en cas d'opposition les biens arrestez demourent en justice. 455: Aucun ne peult entrer ne faire entrer sergent ne autres personnes en la maison d'autruy pour faire entiercer et enlever les biens estans en icelle maison sans auctorité de justice. Ebenso AG. (1503) Art. 379, 380 (B. d. R. 3 759). Vgl. hierzu Pothier, Propriété Bem. 282 (Bugnet 9 200): On donne dans notre droit à l'action de revendication des meubles corporels le nom d'entiercement, qui lui est particulier. Daselbst Bem. 309 (a. a. O. S. 208): L'entiercement est un acte judiciaire par lequel celui qui se prétend propriétaire d'une chose mobiliere la fait saisir et arrêter par le ministère d'un huissier ou sergent, lequel la séquestre entre les mains d'une tierce personne. Ueber das hierbei beobachtete Verfahren siehe Pothier a. a. O. Bem. 309 ff. und 328 ff.

[7]) Vgl. Anm. 3—6.

[8]) Valin 1 476. Gew. von Etampes, Art. 167 (siehe Anm. 3). Bouchet a. a. O. Bl. 46: Et parce que le meuble peut estre latité et mussé és maisons et qu'il faut voir la chose qu'on veut advoüer: on peut faire adiourner celuy qui a ledict meuble pour l'exhiber: et l'exhibition faicte, y faire adveu, si besoing est et faire se doit. Vereinzelt war die Beschlagnahme ausgeschlossen und nur actio ad exhibendum zulässig: Gew. v. Marche 7 (B. d. R. 4 1102): Sequestre ne complainte en cas de nouvelleté n'ont point de lieu en chose meuble, mais si bien exhibition. Dagegen verwirft die Gewohnheit von Orléans ausdrücklich die actio ad exhibendum (AG. Art. 382, NG. Art. 444). Siehe dazu Pothier, Propriété, Bem. 308 u. 309 (Bugnet 9 208).

Dauer des Rechtsstreites zurückgegeben werde, wenn er zahlungsfähig war und im Gerichtssprengel wohnte oder Sicherheit leistete; doch wurde ihm dann die Verpflichtung auferlegt, die Sache jederzeit auf Verlangen dem Gericht wieder auszuhändigen, und unter Strafandrohung verboten, während des Verfahrens über die Sache zu verfügen.[9])

Die förmliche Eigentumsklage erhielt sich in Frankreich bis ins 18. Jahrhundert. Doch scheint das Verfahren des aveu und contre-aveu in einigen Landstrichen im 18. Jahrhundert seltener geworden oder fast außer Gebrauch gekommen zu sein. Wenigstens berichtet Valin,[10]) daß damals in La Rochelle das Eindringen in die fremde Behausung zwecks Beschlagnahme der streitigen Fahrnis vom Richter nur noch ganz ausnahmsweise und nur wenn ein Diebstahl an der Sache ihm nachgewiesen wurde oder offenkundig war, erlaubt wurde. Im Gegensatz hierzu war nach Pothier u. a. in Orléans das Verfahren des entiercement noch gang und gäbe.[11]) Mehr und mehr wurde im 18. Jahrhundert für die Beschlagnahme vorherige richterliche Anordnung gefordert.[12])

III. Diese förmliche Eigentumsklage, die mit Beschlagnahme eingeleitet wird, ist nichts anderes als die zur Eigentumsklage fortgebildete alte Gewerebruchsklage. Sie ist Anefangsklage aus Eigentum, welche die frühere Anefangsklage aus Entwerung abgelöst hat.[13]) Darauf weist nicht nur die Art

---

[9]) Gew. von Clermont en Beauvaisis (1496), Art. 245 (NRH. 27 504): Item s'il est question de meuble, le demandeur peult requérir que, à la conservation de son droit, ledict meuble soit prins, arresté et mis en main de justice, aussy que la chose soit exhibée et gouvernée par main séquestre. Mais en cas de débat ou opposicion la partie despoinctée de sa possession peult requérir qu'il soit restitué; et ainsy sera fait, s'il est solvable et subgect, ou autrement en baillant caucion à la charge de la rapporter et mectre en main de justice toutesfois qu'il en sera requis. Mais le juge lui interdira la mutacion et alienacion de la chose sur grosses peines. Ebenso Grand Coutumier de France II, 16 (Laboulaye-Dareste S. 225).

[10]) Valin 1 476.

[11]) Vgl. oben Anm. 6 u. 8.

[12]) Valin 1 476. Jobbé-Duval S. 222 ff. Dagegen war in Orléans auch noch im 18. Jhd. die Beschlagnahme ohne richterliche Anordnung zulässig. Bouchet a. a. O. Bl. 46 forderte schon im 16. Jhd. richterliche Anordnung nach „sommaire cognaissance".

[13]) Vgl. H. Meyer, Entwerung S. 288 ff. Das Verfahren des aveu und contre-aveu ist nicht, wie Jobbé-Duval S. 192 annimmt, in diesem

der Einleitung des Rechtsstreites, sondern auch der Ausdruck *entiercement* hin, sowie die Tatsache, daß auch die strafrechtlichen Züge der alten Klage um entwerte Fahrnis teilweise auf die neue Anefangsklage übergegangen sind. So sehen die Gewohnheiten von Anjou und Maine einen Gewährenzug des Beklagten vor nicht nur zum Nachweis seines Rechtes an der Sache, sondern zugleich zur Reinigung vom Diebstahlsverdacht und setzen für den unterliegenden Kläger eine Geldstrafe fest.[14])

Zeitraume nach dem Muster des applègement und contre-applègement im Besitzstreit um Liegenschaften für Fahrnisse neu geschaffen worden, sondern lediglich der Ausläufer der früheren koutumiären Fahrnisklage. So zutreffend van Bemmelen S. 320 ff. Ueber die Unterschiede des liegenschaftsrechtlichen Verfahrens des applègement und contre-applègement von dem fahrnisrechtlichen Verfahren des adveu und contre-adveu siehe Bouchet a. a. O. Bl. 46.

[14]) Gewohnheit von Anjou-Maine von 1496 (van Bemmelen S. 318) 202: Et pour ce que ledit aveu denote crime et accusation de larrecin, la chose advouée est arrestée et séquestrée . . . 203: Si le deffendeur tyre à garent aucun qu'il maintïent luy avoir vendu ledit cheval, il aura jour d'en fournir; et si ledit garent ne vient, et il se deffault de fournir de son garent, le cheval sera adjugé au demandeur et sera le deffendeur condempné en ses despens et en sa demande simple. Car puis qu'il a tyré à garent et en a fait sa diligence, il est purgé de crime en informant justice comment il avait achapté ledict cheval dudit garent qu'il proposoit. Et s'il n'en povait informer, il cherroit en amende arbitraire. Anjou 1508, Art. 146 (B. d. R. 4 544): Et si le defendeur ne peut monstrer excusation par garant de celuy qui luy a baillé ou autre defense valable, il demeure criminel et sera puny selon la nature du cas. Et si le demandeur succombe, il fera amende arbitraire; mais il se pourra bien delaisser avant qu'il produise tesmoings, en payant la loy d'amende et en faisant le serment qu'il ne s'en delaisse que par deffaut de preuve. Art. 420 (B. d. R. 4 574): Et si ledit acquereur à titre ne l'avoit encores possedé par ledit temps de trois ans, si tel meuble est demandé ou vendiqué par adveu ou autrement, il ne s'en peut defendre par ledit temps: mais où le demandeur fonderoit son intention, si le defendeur n'avoit autres defenses peremptoires ou n'eust tiré à garant et esté prins en garantage, il seroit excusé quant au crime s'il estoit poursuivi en matiere d'adveu et de denoncement en prouvant et monstrant son titre de bonne foy. Car autrement il seroit suiet à punition civile et corporelle selon la matiere subjecte. Gewohnheit von Lodunois c. 37 Art. 6 (B. d. R. 4 736): „En chose mobiliaire chet adveu et contre adveu et qui en dechet par sentence diffinitive après qu'il est deuement applegé paye d'amende soixante sols." In dieser späteren Zeit hat der Gewährenzug nicht mehr die Wirkung, daß der auf die Ladung erscheinende und seine Gewähr-

Diese strafrechtliche Beimengung verschwand mit der schärferen Trennung der bürgerlichrechtlichen Klagen von den Strafklagen und mit dem Uebergang der Strafverfolgung auf staatliche Behörden (Staatsanwaltschaft). Als Nachwirkung des früheren Rechts erscheint auch die Tatsache, daß zur Entscheidung über den Streit um Fahrniseigen das Gericht zuständig war, in dessen Sprengel die Fahrnis entdeckt wurde.[15])

Die rechtliche Natur der neuen Anefangsklage und ihre Abstammung von der Gewerebruchsklage ist allerdings den zeitgenössischen Rechtsgelehrten nicht zum Bewußtsein gekommen. Da ihnen der geschichtliche Sinn und die Fähigkeit, das Recht als etwas Werdendes und Gewordenes zu betrachten, mangelte,[16]) suchten sie die vielgestaltigen Erscheinungen und Gebilde des sie umgebenden Rechtslebens in die starre Begriffsschablone des römischen Rechtes einzuzwängen. So machen wir die merkwürdige Beobachtung, daß die Rechtslehre vom 15. bis zum 17. Jahrhundert aveu und contre-aveu meist kurzer Hand zum *interdictum utrubi* stempelt, obwohl sie fortgesetzt Behauptung und Beweis des Eigentums als Grundlage dieser Klage hinstellt.[17])

---

pflicht anerkennende Gewährsmann schlechthin an Stelle des ursprünglichen Beklagten in den Rechtsstreit eintritt. Der Käufer scheidet vielmehr nur noch dann aus dem Rechtsstreit aus, wenn er es vor der Streitbefestigung beantragt. Brissaud 2 1452; Jobbé-Duval S. 197 ff. Vgl. auch Masuer, Practica forensis II, 20: „. . . . garandus potest, si velit, suscipere causam in se, quia in eum transit iudicium . . . vel garandus se potest adiungere in processu etiam sine alia causae cognitione . . . . Et similiter pars illa, quae petit garandum, dum timens de collusione vel paupertate et negligentia garandi sui potest si velit remanere in processu.

[15]) Grand Coutumier de France, Buch 2 Kap. 16 (S. 225); Bouchet a. a. O. Kap. 17 (Bl. 46).

[16]) Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter 6 7 ff.

[17]) Gew. v. Saintonge (1520), Titel 15 (B. d. R. 4 879): D'arrest et adveu sur meubles qui est fondé super interdicto utrobi. Bourdot de Richebourg 4 574 Anm. c zu Art. 420 der Gewohnheit von Anjou (1508): Matiere d'adveu et denonciement est interdictum utrubi de omnibus rebus mobilibus ad retinendam aut vindicandam eorum possessionem. P. de l'Hommeau, Maximes du droict français (1657) III, 3 (S. 132): L'on use aussi de l'interdit utrobi en adveu et contr'adveu de meubles . . . . Tagereau, Practicien français, Kap. 1. Des actions (Ausgabe von 1666 S. 3): Peut-on intenter action petitoire pour meubles? Non; mais on les peut aussi vendiquer: c'est ce qu'on appelle utrobi. Comment se peut-il intenter? Je presenteray ma requeste au iuge pour avoir permission de saisir et sequestrer les meubles que ie pretends m'appartenir et assigner celuy qui les tient, pour m'en faire la delivrance.

Die Erklärung dieser wunderlichen Ansicht fällt nicht schwer: In der „schlichten Klage“ hatte man das Ebenbild der rei vindicatio, eine besondere Fahrnisbesitzklage neben der schlichten Klage und der Anefangsklage war dem älteren französischen Recht unbekannt, also mußte nach der Meinung der damaligen Juristen das sonst aus den römischen Quellen nicht zu erklärende Verfahren des aveu und contre-aveu dem römischen interdictum utrubi entsprechen, das andernfalls in Frankreich in der Luft geschwebt hätte. Selbstverständlich führte eine der Wirklichkeit so wenig gerecht werdende Lehre zu unentwirrbaren Widersprüchen und zu gar nicht aufzuwerfenden Fragen, z. B., ob schlichte Klage und Anefangsklage miteinander verbunden werden dürften, obwohl die Verbindung von Besitz- und Eigentumsklage durch Verordnung Karls VII. von 1453 verboten worden war.[18]) Vielleicht lebte in der Zähigkeit, mit der das Verfahren des aveu und contre-aveu als Besitzklage aufgefaßt wurde, auch noch die Ueberlieferung der alten Anefangsklage fort, bei der nicht Eigentumsverletzung, sondern Gewerebruch Klagegrund war.

Erst allmählich setzte sich eine richtigere Auffassung vom Wesen der förmlichen Eigentumsklage durch. Delalande bezeichnet das Verfahren des aveu zutreffend als vindicatio rei mobilis[19]) und Pothier[20]) sucht die Wurzel des entiercement in der intertiatio des fränkischen Rechts.[21])

Quelquefois ie feray mener sans scandale celuy que i'en trouveray saisi par devant le iuge. Fleury, Institution V, 10 (2 33) schreibt bei Erörterung der Besitzklagen: Pour les meubles il y a une espèce de procédure qui s'appelle aveu et dont il est traité en quelque coutumes. Mais ordinairement en choses mobilières on ne sépare point le possessoire du pétitoire. Rebuff, Commentarii in constitutiones seu ordinationes regias 3 (1555) 269 de mat. poss. Art. 5, Glosse 1, Bem. 28: Interdictum utrobi quod adveu gallice dicitur. Bouchet a. a. O. Bl. 46: Lequel adveu, qu' on appelle en droit interdictum utrubi ... Imbert, Inst. for. I, 17 bezeichnet die Klage als „remede possessoire“, schreibt aber selbst: En ceste matiere d'adveu, combien qu'elle soit possessoire, toutesfois parce que selon droit la possession des choses mobiliaires est utile, c'est à dire que l'on n'en tient grand compte, l'on traicte de la propriété et seigneurie du meuble .... et de la possession.

[18]) Vgl. Imbert, Inst. for. I, 17.

[19]) Delalande, Bem. zu Art. 454 der Gew. von Orléans (Jobbé-Duval S. 192 Anm. 2): „Aveu en termes de pratique de droit français est ce qui s'appelle chez les jurisconsultes vindicatio rei mobilis ou comme veulent quelques-uns c'est une action qui ressemble à l'interdit utrubi“

IV. An die Zeit der früheren beschränkten Fahrnisverfolgung erinnert nach wie vor der Sprachgebrauch, die Fahrnisklagen als persönliche Klagen *(actions personelles)* und nur die Klage um Liegenschaftseigen als dingliche Klage *(action réelle)* zu bezeichnen.[22])

V. Neben der schlichten Eigentumsklage und der Anefangsklage aus Eigentum kennt auch die Zeit des Mischrechts keine besondere Fahrnisbesitzklage.[23]) Die Scheidung von

---

und zu Art. 489 der genannten Gew. (Poincaré, Droit de suite S. 81): „En France nous n'avons pas d'action possessoire pour les choses mobilières; nous n'y faisons pas deux instances séparées, l'une sur la possession et l'autre concernant la seigneurie, mais d'abord le juge prend connaissance du droit de pleine propriété et cette revendication de meuble est nommé adveu".

[20]) Pothier, Propriété, Bem. 310 (Bugnet 6 208).

[21]) Während die Fahrnisverfolgung im älteren koutumiären Recht eine große Gleichförmigkeit mit derjenigen des mittelalterlichen deutschen Rechts aufweist, beginnen sich in der Zeit des Mischrechts die französische und die deutsche Rechtsentwicklung stärker zu sondern. Dies prägt sich vor allem darin aus, daß in Frankreich die mit der Beschlagnahme der streitigen Fahrnis eingeleitete förmliche Eigentumsklage das Erbe der alten Gewerebruchsklage antrat, dagegen in Deutschland die in Anlehnung an die Gewerebruchsklage zur vindicatio rei furtivae (furtum im römisch-rechtlichen Sinn) erweiterte condictio furtiva die praktisch wichtigste Fahrnisklage wurde. Vgl. Wellspacher, Publizitätsgedanke und Fahrnisklagen im Usus modernus; Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 31 631 ff.). Im französischen Recht spielt die condictio furtiva eine untergeordnete Rolle. Pothier erwähnt sie beiläufig im Traité du contrat de vente, Bem. 270 (Bugnet 3 110): Wer eine fremde Sache in Kenntnis des fremden Eigentums verkauft, begeht gegenüber dem Eigentümer einen Diebstahl und haftet ihm aus dieser unrechten Tat. Der Eigentümer kann mittels der condictio furtiva von dem unredlichen Verkäufer die Herausgabe der Sache oder — falls der Verkäufer hierzu nicht in der Lage ist — Erstattung des Kaufpreises verlangen. Ueber die vereinzelt bei Bouteiller vorkommende Bezeichnung der Gewerebruchsklage also actio furti vgl. oben § 7 II.

[22]) Beaumanoir § 230 (Salmon 1 117; Beugnot VI, 32). Grand Coutumier de France II, 10 (Laboulaye-Dareste S. 202). De l'Hommeau, Maximes III, 3 (S. 131). Tagereau, Le vray et nouveau practicien françois (Lyon 1666), Kap. 3 (S. 12). De Ferriere, Introduction à la pratique (1679) S. 7 ff., Stichworte action personnelle und action reelle. Guy Coquille bekämpft diesen Sprachgebrauch als irrig (Werke — Ausgabe Bordeaux 1703 — 2 205, Erl. zu c 22 Art. 5 der Gewohnheit von Nivernois und 3 64 Institution au droit français).

[23]) Poincaré S. 80 ff., Bourcart, Des actions poss. en droit français (1880), S. 196 ff., Beaune, Introduction à l'étude historique du droit coutumier S. 423 ff. u. 543 ff., Brissaud 2 1212 u. 1249 ff.

Possessorium und Petitorium blieb dem Fahrnisrecht fremd.[24]) Nur wenige Quellen lassen die Liegenschaftsbesitzklagen, die Complainte und die Reintegranda, auch für Fahrnisse schlechthin zu.[25]) Die übergroße Mehrzahl sowohl der Stadt- und Landrechte als auch der Rechtslehrer versagte diese beiden Besitzklagen grundsätzlich dem Fahrnisbesitzer und erkannte Ausnahmen nur für Fahrnisgesamtheiten und für bewegliche Zubehörsachen von Grundstücken an.[26]) Durch die Königliche Verordnung von 1667

---

[24]) Siehe die in Anm. 19 angeführte Stelle aus Delalande, sowie de Ferriere, Nouveau Comm. sur la cout. de Paris (1770) zu Art. 97 der Gew. v. Paris (1 202): La complainte n'a pas lieu pour chose mobiliaire particulière ensorte que quand il s'agit d'un meuble, il faut agir par la revendication et conclure contre celui qui le detient à ce qu'il soit condamné à le rendre au demandeur qui prétend qu'il lui appartient, ou parce qu'il lui a été volé et depuis a passé entre les mains du défendeur ou autrement. Begründung: Les meubles sont de peu de consequence pour les poursuivre par l'action possessoire et pétitoire.

[25]) Beaumanoir § 970 (Salmon 1 490, Beugnot XXXII, 15). Bouteiller L, 31 (S. 319). Livre des Droiz 731 (Beautemps-Beaupré 2 172). De l'Hommeau, Maximes III, 3 (S. 132). Gew. v. Ponthieu 1495 Art. 142 (B. d. R. 1 98). Das Recht der Normandie kannte als Mittel zur Einleitung eines Besitzstreitverfahrens auch den — aus dem altgermanischen Gerüfte hervorgegangenen — „Haroruf". Landrecht der Normandie von 1583 Art. 54 (B. d. R. 4 62): Le haro peut être interjetté non seulement pour malefice de corps et pour choses, où il y auroit éminent peril, mais pour toute introduction de procès possessoire encores que ce soit en matiere beneficiale ou concernant le fait de l'eglise. Art. 55: Clameur de haro se peut intenter tant pour meuble que pour heritage. Hierzu Komm. von Terrien, Buch 8 Kap. 11 (S. 272). Jobbé-Duval S. 190 ff. sieht wohl mit Unrecht in dem Verfahren mit Haroruf um Fahrnisse eine Abart des Verfahrens mit aveu und contre-aveu; die Grundlage ist nicht petitorisch. Vgl. Brissaud 2 1244. Glasson NRH. 6 397 ff.

[26]) Gew. v. Paris. Art. 97: Aucun n'est recevable de soy complaindre et intenter le cas de nouvelleté pour chose mobilière, mais bien pour université de meubles comme en succession mobiliaire. Ebenso u. a. Calais 231, Sens AG. 104, NG. 117, Montfort 60, Clermont en Beauvaisis 51, Montargis 21, 6, Orléans 489, Bourbonnais 91, La Marche 7, Poitou 401. Grand Coutumier de France II, 19 (Laboulaye-Dareste S. 238). Erkenntnis des Pariser Parlaments vom 14. Juli 1537 (Brillon, Dict. 2 745, Stichwort meuble, Bem. 5). Rebuff, Comm. in constitutiones seu ordinationes regias 1 346 (1554), tractatus de sentent. execut. Art. 5 Glosse 1 und 3 269 de mat. poss. Art. 5 Glosse 1. Masuer, Practica forensis, Tit. de possessorio Bem. 8. Loysel, Institutes coutumières, Buch 5 Tit. 4 Regel 15: Pour simples meubles on ne peut intenter complainte, mais en iceux échet aveu et contre-aveu. Imbert,

über die Verbesserung der Rechtspflege, Tit. 18,[27]) wurde dies gemeines Recht.

§ 9.

4. Die Durchbrechungen des Grundsatzes der unbeschränkten Fahrnisverfolgung.

I. In einzelnen Gewohnheitsrechten behauptete sich auch gegenüber dem vordringenden römischen Recht, wenigstens vorläufig, der Gedanke der beschränkten Fahrnisverfolgung.[1]) Ge-

---

Inst. for. I, 33. Peleus, Oeuvres (Paris 1631) 1 17. Tagereau, Le vray et nouveau practicien françois (Lyon 1666) c. 15 (S. 47). Fleury, Institution au droit français V, 10 (2 32). Le Brun de la Rochette, Proces civil et criminel (1628) Buch 3 Abschnitt über Besitzklagen (S. 405). De Ferriere, Dict. de droit et de pratique (Paris 1769) 2 5, Stichwort immeuble. Guyot, Rép. 4 291, Stichwort complainte. Brillon, Dict. 1 465, Stichwort complainte.

[27]) Bornier, Conférence des ordonnances de Louis XIV 1 124 ff. Sallé, L'esprit des ordonnances de Louis XIV 1 194 ff. Die Grundsätze dieser Verordnung von 1667 bilden auch die Grundlage des geltenden Rechts. Der Code de proc. civ. gewährt in Art. 23 lediglich Besitzklagen für Liegenschaften (Voraussetzung einjähriger, öffentlicher und friedlicher Besitz); dagegen sind Fahrnisbesitzklagen nach der fast einhelligen Meinung der Rechtslehre und Rechtssprechung ausgeschlossen. Anderer Ansicht Renaud S. 164 ff. Siehe auch unten § 14 I.

[1]) Alte Gew. v. Bourges, Art. 55 (siehe oben § 2 Anm. 3). Gew. v. Eu (1580) Art. 207 (B. d. R. 4 195): Le meuble adiré ou dérobé au proprietaire peut par lui estre poursuivi mesme contre une tierce main. Gew. v. Bouillon (1628) XXIII, 7 (B. d. R. 2 863): Le maistre de la chose violemment ou furtifvement ravie la peut reclamer et en poursuivre la restitution dans trois mois après qu'il sera venu en la cognoissance d'iceluy en quel lieu elle est ou par qui elle est possedée et detenue et ce nonobstant la bonne foy de celuy qui en seroit trouvée possesseur, lequel pour repeter le prix par luy deboursé aura son recours vers et contre son vendeur ou autre sien autheur. Bretagne AG. (1539) Art. 154 (B. d. R. 4 299): Si aucun est trouvé saisi de chose mal prinse ou emblée, il et ladite chose peuvent estre arrestées. Et si celuy qui est arresté clame garent, neantmoins il demeurera arresté jusques à ce qu'il amene garent et s'il amene garent, sera eslargy par tout et absous du delit et mesfait dont il estoit accusé, et ledit garent sera arresté jusques à ce qu'il soit cogneu à qui appartient ladite chose et s'il se trouve coulpable, sera puny selon l'exigence du cas. Ebenso das neue Landrecht von 1580 Art. 145 B. d. R. 4 360). Vgl. ferner alte Gew. der Bretagne Art. 200 (B. d. R. 4 302) und neue Gew. Art. 120 (B. d. R. 4 368). Aus der Normandie haben wir Zeugnisse, daß dort noch im 17. Jahrhundert eine Reihe von Praktikern die Fahrnisklage nur im Falle unfreiwilligen Besitzverlustes für statt-

legentlich wurde zwar dem Eigentümer die rei vindicatio zugestanden, dagegen die Fahrnisverfolgung des Faustpfandgläubigers auf den Fall beschränkt, daß ihm sein Faustpfand gestohlen wurde oder sonst verloren ging.[2])

II. Der Satz *meubles n'ont point de suite* galt selbst in der Zeit, wo er vor der römisch-rechtlichen Eigentumsklage gewichen war, ununterbrochen auf dem Gebiete des Hypothekenrechts.[3]) Das französische Hypothekenrecht hat sich unter romanistischen Einflüssen aus dem alten germanischen Haftungsrecht entwickelt.[4]) Der Vorläufer der späteren Hypothek war die obligation, die in den beiden Formen der obligation générale und der obligation spéciale vorkam. Die Generalobligation (obligatio omnium bonorum) begründete zunächst kein dingliches Recht, insbesondere kein Pfandrecht, und gewährte dem Gläubiger auch kein Verfolgungsrecht gegen Dritte.[5]) Ihre Aufgaben lagen einmal auf haftungsrechtlichem Gebiete. Allerdings wurde durch die Generalobligation keineswegs die Vermögenshaftung überhaupt erst begründet.[6]) Denn die Fahrhabe des Schuldners unterlag auch bei Vertragsschulden ohnedies schon dem Zugriff des Gläubigers, freilich erst, nachdem der Schuldner in Verzug geraten war, wodurch sich seine

---

haft hielten (siehe § 10 Anm. 8). Die knappe Fassung der Quellen erlaubt keinen sicheren Schluß, ob es sich in den genannten Belegstellen um reine Gewerebruchsklagen oder um auf den Fall der Entwerung beschränkte Eigentumsklagen handelt. Von einigen anderen Rechten ist strittig, ob sie beschränkte oder unbeschränkte Fahrnisklage gewähren, vgl. Poincaré S. 77 ff.

[2]) Guy Coquille, Werke 3 168 Quest. 63: . . . . . quand il y a tradition és mains du creancier du meuble baillé en gage lors c'est vrai gage et peut le creancier poursuivre ledit gage, s'il vient en main tierce quand par quelque façon outre son gré il est sorti hors de ses mains.

[3]) Franken S. 19 und 269. Warnkönig 2 339. Jobbé-Duval S. 187 ff.

[4]) Vgl. hierüber Franken, Das französische Pfandrecht im Mittelalter; Egger, Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht (1903, Gierkes Unters. Heft 69), Viollet, Histoire S. 787 ff., sowie über Schuld und Haftung im german. Recht überhaupt O. Gierke, Schuld und Haftung, H. Meyer, Zum Ursprung der Vermögenshaftung im deutschen Recht (Festschrift für Otto Gierke [1911] S. 973 ff.), Planitz, Die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht.

[5]) Ueber Generalobligation siehe Gierke a. a. O. S. 34, 79 ff., 333 ff., DPR. 2 824 ff., Egger a. a. O. S. 142 ff., Planitz a. a. O. 1 274 ff.

[6]) Anderer Ansicht: Gierke und Egger a. a. O.

Schuld zur Bußschuld steigerte und sein Vermögen dem Gläubiger gegenüber friedlos wurde. Diese Fahrnishaftung wurzelte im Fehderecht des Gläubigers gegen den säumigen Schuldner und führte zur eigenmächtigen Pfandnahme, mittels deren der Gläubiger dem Schuldner Fahrnisse wegnehmen durfte; doch erlangte der Gläubiger damit noch keine Befriedigung, vielmehr diente die außergerichtliche Pfandnahme bloß dem mittelbaren Erfüllungszwang. In Ansehung der Fahrnisse kann deshalb die obligatio omnium bonorum nur den Zweck gehabt haben, jene fehderechtliche Haftung in eine Befriedigungshaftung umzuwandeln derart, daß der Gläubiger sich aus dem genommenen Pfande wie aus einem gesetzten unter gleichzeitiger Befreiung des Schuldners befriedigte. Die Folge war dann allerdings die, daß die Haftung der Fahrnisse nicht erst durch den Schuldnerverzug, sondern schon durch die Vereinbarung der Generalobligation begründet wurde.[7]) Dagegen bewirkte die obligatio omnium bonorum eine Haftung der Liegenschaften, die an sich dem Pfändungszugriff des Gläubigers nicht unterworfen waren.[8]) Sachenrechtlich verstrickt wurden die Fahrnisse und die Liegenschaften, wie schon erwähnt, durch die Generalobligation nicht; vielmehr durfte der Eigentümer nach wie vor durch Veräußerung oder Verpfändung darüber verfügen mit der Wirkung, daß die aus seinem Vermögen ausgeschiedenen Sachen künftig dem Zugriff des Gläubigers entzogen waren.[9]) Neben den haftungsrechtlichen erfüllte die Generalobligation auch pfändungsrechtliche Aufgaben, insofern sie dem Gläubiger den Pfändungszugriff erleichtern sollte; insbesondere berechtigte sie nach manchen mittelalterlichen Urkunden den Gläubiger, das verhaftete Gut ohne richterliche Mitwirkung selbst anzugreifen.[10]) Im Gegensatze zur Generalobligation erzeugte die Spezialobligation nach Art der jüngeren deutschen Satzung eine dingliche Sachhaftung, die sich in dem Recht des Gläubigers auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös und in dem Folgerechte äußerte;

---

[7]) Planitz 1 275, 14, 153, 448. Vgl. auch Gierke, Schuld und Haftung S. 34 ff.

[8]) Egger a. a. O. S. 100, 124 ff. Gierke DPR. 2 811 Anm. 8; Schuld und Haftung S. 46. Planitz a. a. O. 1 276. Jobbé-Duval S. 187. Vgl. auch Marnier, Ancien coutumier inédit de Picardie c. 100 S. 92.

[9]) Gierke, DPR. 2 871 und 961; Egger a. a. O. S. 150 ff.

[10]) Planitz a. a. O. S. 278. Gierke DPR. 2 824; Schuld und Haftung S. 334.

doch blieb die Verfolgung in die dritte Hand der Fahrnissatzung vermöge des Grundsatzes mobilia non habent sequelam fremd.[11])

Die romanisierenden Rechtsgelehrten des späteren Mittelalters hüllten die heimischen Gebilde der General- und der Spezialobligation in das Gewand der römisch-rechtlichen General- und Einzelhypothek ein. Dies führte auch zu einer innerlichen Umbildung der Obligation derart, daß sich die Generalobligation durch Ausstattung mit einzelnen dinglichen Wirkungen immer mehr einer Verpfändung des ganzen Vermögens näherte[12]) und schließlich der Spezialobligation wesensgleich wurde, indem sie die Natur eines dinglichen Rechtes annahm. Trotz dieser romanistischen Einkleidung und Umgestaltung blieben die haftungs- und pfändungsrechtlichen Züge der früheren obligation erhalten; insbesondere gewährte auch die als Hypothek aufgefaßte obligation dem Gläubiger ein Vollstreckungsrecht gleich einem gerichtlichen Urteile.[13]) Generalhypotheken konnten nur in öffentlichen Urkunden bestellt werden. Das Geding der Generalhypothek wurde in den öffentlichen Schuldurkunden so üblich, daß es schließlich in jeder öffentlichen Schuldurkunde auch ohne ausdrückliche Erwähnung stillschweigend unterstellt wurde und demgemäß jede öffentliche Schuldurkunde eine Generalhypothek auf die Güter des Schuldners begründete.[14])

---

[11]) Vgl. hierüber Egger a. a. O. S. 157 ff.

[12]) Siehe: Claude Liger Nr. 1097 (Jobbé-Duval S. 187 Anm. 2): Ypothecque est une obligation générale contenant une convention de gage sans tradition, promise et accordée de debteur à son créditeur en seurté de la debte. Bouteiller I, 102: ...par la loy escrite..tous les biens de celuy qui doit aucune chose ou du publique ou du Seigneur par celle mesme nature et condition sont obligez et vallent comme gage où qu'els soient. Vgl. auch Code civil Art. 2093: „Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers", und Gierke, Schuld und Haftung S. 335.

[13]) Gew. von Clermont en Beauvaisis 1496 Art. 247 (NRH. 27 504): Par la coustume dudict conté aucun ne peult procéder par voye d'arrest ou exécucion sur le bien d'autruy sans obligation ou condampnacion ou s'il n'y a debtes du roy, de prince de ceste conté, pour louage de maison, loyers de serviteurs ou que ung debteur pour soy absenter du pais vendist à la cellée (= heimlich) pour fraulder ses créditeurs tous ses biens. Siehe auch die Begriffsbestimmung der Hypothek bei Bouteiller Buch I Titel 25: Obligation d'hypothècque est quand aucun oblige par forme d'hypothècque tous ses biens meubles et par espécial héritages pour l'accomplissement d'aucuns contracts ou conventions où il se lie.

[14]) Gew. von Clermont en Beauvaisis (1496) Art. 250 (a. a. O. S. 505): Item s'aucun est obligé par lettres passées soubz le scel de la baillie dudict Clermont ou autre scel royal il peult estre poursuivy par voie d'execution en

Nach wie vor durfte der Gläubiger auf die für seine Forderung verhafteten Fahrnisse des Schuldners nur greifen, solange sie sich im Gewahrsam des Schuldners befanden. Die Veräußerung der Sachen entzog sie dem Zugriffe des Gläubigers mindestens dann, wenn der Schuldner hierbei nicht absichtlich zum Nachteil des Gläubigers gehandelt hatte.[15]) Fast sämtliche amtlich aufgezeichneten Stadt- und Landrechte enthalten den Satz: *meubles n'ont pas de suite par hypotheque, quand ils sont hors de la possession du detteur.*[16]) Er war gemeines Recht auch in den Ländern des geschriebenen Rechtes.[17]) Seine Tragweite war

---

ses biens. . . . Claude Liger Nr. 1101 (Jobbé-Duval S. 187 Anm. 2): Ypothecque est de telle nature selon la coustume dudit pais que quant le créancier requiert exécution sur son debteur de ce qui est deu et qui appert par lectres obligatoires la justice doit tenir en main de court des biens de l'obligé jusques à la valleur de la debte.

[15]) Bouteiller 1, 25 (S. 228): Si sçachez que obligation sur biens meubles ne contraint ne lie l'obligé que s'il demeure en la possession de ses biens, sans que ce soit par l'auctorité de loy et par inventaire sur ce faicte que ainsi soient represtez à l'obligé à tout qui ne les peut vendre, adenierer ou obliger à autre que incontinent les emporteroit hors de la maniance de l'obligé. Gew. v. Anjou 421 (B. d. R. 4 574).

[16]) Gewohnheiten von Paris 170, Auvergne XXIV 52, Auxerre 129, Bar 60, Bassigny 83, Berry IX 9, Blois 268, Bourbonnois 116, Grafschaft Burgund 104, Herzogtum Burgund V 4, Calais 226, Chalons 273, Chaumont 65, Clermont en Beauvaisis 56, Clermont en Argoune X 4, Dourdan 57, Etampes 69, La Marche 400, Mante 65, Meaux 123, Melun 313, Montargis XX 15, Montfort 71, Grand Perche 206, La Rochelle 60, Senlis 208, Sens 131, Touraine 220, Troyes 72, Valois 158 u. a.

[17]) Masuer, Practica forensis Kap. de executionibus et subhastationibus Bem. 9: . . . mobilia alienata non possunt capi vel distrahi nec in eis cadit hypotheca, ideo dicitur gallice que meuble na point de poursuyte . Chassenaeus, Consuetudines ducatus Burgundiae Tit. 5 § 3: Ista consuetudo observatur quasi in toto regno Franciae et est registrata in curia parlamenti Parisiensi, quae solet eam interpretari, nisi bona mobilia devenirent ad detentorem iure hereditario et successionis, quia isto casu possunt persequi mobilia. Guyot, Rép. 8 616, Stichwort Hypothèque: . . . . suivant le droit commun le meuble n'a pas de suite par hypothèque excepté dans un cas, lorsque, le créancier ayant déjà été mis en possession du gage, on le lui a enlevé furtivement, il a une action pour se faire rendre et conserver son droit sur la chose, en prouvant toutefois qu'elle lui a été dérobée, car la remise volontaire détruiroit l'impression du gage. Boerius, Cons. Biturig. Des coustumes touchant prescription § 7. A. Faber, Codex Fabrianus Buch VI Tit. 27. Le Brun de la Rochette, Proces civil et criminel (1628) S. 368. Loysel, Institutes coutumières 3, 7 Regel 5. Guy Coquille, Werke 1 316 (Bem. zu c. 32 Art. 14 der Gew. v. Nivernois) 3 111 (Institution au droit français) und 3 168 (Quest. 63). P. de l' Hommeau, Maximes du droict

jedoch verschieden; er bedeutete bald, daß an Fahrnissen überhaupt keine Hypothek begründet werden konnte,[18]) bald, daß die Fahrnishypothek zwar gültig war, aber kein Folgerecht gewährte, sondern lediglich ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung, solange sich die Fahrnis in den Händen des Schuldners befand.[19]) [20])

---

français (1657) 3, 14. Fleury, Institution 5, 6 (2 19). Pocquet de Livonniere, Regles du droit français 4, 4, 32. Loyseau, Werke (1678), Traité du déguerpissement et délaissement par hypotheque 3, 1 Bem. 12. Pillichody, Le droit naturel d'un père à son fils (Iferten 1769) 1 451 ff. Brillon Dict. 2 391, Stichwort Hypotheque Bem. 175 ff. Begründung des Rechtssatzes bei Rebuff, Comm. in constitutiones seu ordinationes regias (1554) 1 122 (tractatus de lit. oblig. 4, 2): . . . . quod illorum bonorum sit vilis et abiecta possessio . . . . et plus sumptuum fieret in persecutione quam valerent . . . . et quia pignoraticia actio est personalis. Basnage, Traité des hypothèques (2. Aufl. 1687 S. 67) führt drei Gründe an: 1) les meubles n'ont pas une subsistance perpetuelle et certaine comme les immeubles, sie sind daher weniger geeignet, kraft eines bloßen Vertrags mit einer Hypothek belastet zu werden; 2) le creancier ayant pû se faire nantir du meuble qu'on luy engageoit, il se doit imputer s'il n'a pas pris son assurance; 3) Gefährdung der Verkehrssicherheit durch Fahrnishypotheken.

[18]) A. G. v. Bourges 55 (B. d. R. 3 880): . . . . de coustume n'a point d'action hypotheque de meuble combien qu'elle y soit de droict. Th. Cormier, Henrici IV. codex iuris civilis una cum iure civili Gallico (1602) XIV, 1, 3 (S. 454): Regel LXIII: Moribus Gallicis pignus rei mobilis efficax fere non est, nisi traditio re ipsa intervenerit. Das. S. 475: XIV 14: Moribus Galliae receptum est, ut si mobilia à debitore alienata fuerint ac ab alio possideantur, pignoris jus amittatur. Nach Basnage a. a. O. S. 59 war insbesondere die Rechtsprechung des Pariser Parlaments für die stärkere Wirkung des Satzes. Folge: En meubles le premier saississant et arrêtant entre les creanciers est preferable comme n'ayant suite par hypotheque.

[19]) So nach Guyot, Rép. 8 621 die Rechtsprechung der Parlamente von Rouen und Toulouse: Folge: . . . . quand ils [die Fahrnisse] ont été saisis sur le debiteur le prix s'en distribue aux créanciers par ordre d'hypothèque. Ein Urteil des Parlaments zu Toulouse vom November 1594 (Maynard, Decisiones novae Tholosanae, Frankfurt a. M. 1610 3, 8 S. 147) begründet dies damit, cum tum demum consuetudo illa locum habeat, quando mobilia vendita et adiudicata fuerunt atque sic e dominio et manibus debitorum, ad quos pertinebant, transierunt: quamdiu autem adhuc sunt in potestate debitoris intercedentem in his priorem creditorem audiendum esse receptum est.

[20]) Manche Quellen schließen den Zugriff ausdrücklich nur dann aus, wenn der Schuldner die Sachen ohne Benachteiligungsabsicht [sans fraude] aus der Hand gegeben hat, z. B. Melun 313 (B. d. R. 3 455), Sens 131, AG. von Bourbonnois 13, 5 (B. d. R. 3 1200). Vgl. hierzu Guy Coquille, Quest. 63 (Werke 3 168), der die Klage im Falle der arglistigen Veräußerung als „action revocatoire" kraft Gläubigerbenachteiligung bezeichnet und ihre Auffassung als Hypothekenklage bekämpft. Der

III. Das Bedürfnis der Verkehrssicherheit ließ auch dort, wo man den Grundsatz der unbeschränkten Fahrnisverfolgung hochhielt, nicht selten gewisse althergebrachte Schranken der Eigentumsklage bestehen, und wo sie vor dem ersten Ansturm des römischen Rechts gefallen waren, wurden sie nach und nach wieder neu aufgerichtet.

1. Vor allem die Bevorzugung des Marktkaufes und anderer Fälle des öffentlichen Erwerbes. Von den starren Romanisten wurde die gewohnheitsrechtliche Begünstigung des Marktkaufes freilich bekämpft, und auch die Rechtsprechung trat ihr zum Teil entgegen.[21]) Noch im 18. Jahrhundert bot Pothier seinen ganzen Scharfsinn auf, um zu beweisen, daß der Anspruch des Marktkäufers auf Ersatz des Kaufschillings vor der Rechtslogik sich nicht aufrechterhalten lasse;[22]) jedoch ohne Erfolg. Die Begünstigung des Marktkäufers mag zwar da und dort vor dem Anprall der romanisierenden Strömung zurückgewichen sein, verschwunden war sie nicht und im 17. und 18. Jahrhundert eroberte sie sich den verlorenen Boden zum größten Teil wieder zurück.[23]) Vereinzelt ging man sogar über den Rechtszustand des früheren heimischen Gewohnheitsrechtes hinaus, indem man den Marktkäufer nicht bloß eine aufschiebende Einrede auf Erstattung des Kaufschillings gegen die Klage des wahren Eigentümers gewährte, sondern die Befugnis, den Herausgabeanspruch des Eigentümers schlechthin zurückzuschlagen,[24])

Satz: meubles n'ont pas de suite par hypothèque wird gelegentlich auf Generalhypotheken eingeschränkt: Chassenäus a. a. O. 5, 3.

[21]) So das von Terrien, Comm. du droict observé au pays et duché de Normandie (1654), 8, 1 (S. 258) angeführte Urteil des Parlaments zu Rouen vom 7. Juli 1527 und die ständige Rechtsprechung der Landschaft Berry (Guyot, Rép. 3 38, Stichwort cheptel). Ebenso sprach das Parlament der Provence in einem Urteil vom 9. Januar 1643 aus, daß der Eigentümer einer gestohlenen Sache sie jedem Inhaber, auch einem gutgläubigen Käufer, ersatzlos abfordern könne (Brillon, Dict. des arrêts 3 858, Stichwort vol Bem. 22). Siehe auch oben § 7 III.

[22]) Pothier, Cheptels 50 (Bugnet 4 359 ff.). Vgl. auch Pothier, Propriété Bem. 353 (Bugnet 9 229). Anderwärts läßt freilich auch Pothier den Anspruch auf Ersatz des Kaufschillings zu: Donations entre mari et femme Bem. 65 (Bugnet 7 473). Siehe auch Pothier, Contrat de louage Bem. 265 (Bugnet 4 94).

[23]) Nicht haltbar ist die Ansicht Jobbé-Duvals S. 222, daß die Bevorzugung des Marktkaufes im 16. Jahrhundert verschwunden und erst im 18. Jahrhundert wieder aufgetaucht sei.

[24]) Urteil des Parlaments zu Toulouse vom 1. Oktober 1579 (Brillon, Dict. 1 39, Stichwort achat, acheter Bem. 12): Le bétail et autres biens meubles

oder ihm selbst Eigentumserwerb zuerkannte.[25]) Regelmäßig aber wurde nach wie vor lediglich der Herausgabeanspruch des Eigentümers zu einem Einlösungsanspruch abgeschwächt.[26])

---

vendus en pleine foire et marché n'ont point de suite et ne peuvent être vendiquez. Rocheflavin Buch 1 Tit. 3 Art. 3, nach dem Brillon das Urteil anführt, bemerkt dazu, daß dieses Erkenntnis dem Herkommen widerspreche, wonach der Marktkäufer gegen Ersatz des Kaufschillings die Fahrnis an den Eigentümer herausgeben müsse und spätere Urteile desselben Parlamentes gewähren dem Eigentümer einen Einlösungsanspruch (siehe unten Anm .26). Auch Guy Coquille läßt in Bem. zu c. 21 Art. 16 der Gewohnheit von Nivernois (Werke 2 197) die Herausgabeklage des Eigentümers gegen den redlichen Marktkäufer schlechthin scheitern: . . . . j'estime qu'avec grande raison se peut dire que le bêtail vendu en foire publique qui est celebre et renommée et si le bétail a demeuré publiquement en foire et a été vendu au chaud de la foire ne peut être évincé par le seigneur du chaptel ou autre proprietaire. Mindestens aber soll der Eigentümer dem Marktkäufer den Kaufschilling ersetzen: Tout au moins semble que tel proprietaire qui reconnoît son bêtail ainsi vendu en foire ne le doit recouvrer sinon en payant à l'acheteur le prix qu'il luy a coûté . . . .

[25]) Urteile des Parlaments zu Dijon vom Jahre 1615 und vom 13. August 1641 (Brillon, Dict. 1 39, Stichwort achat, acheter, Bem. 13): Celuy qui achete de bonne foy dans une foire ou dans un marché public devient à l'instant le maitre de la chose vendue, quand même le vendeur l'auroit dérobée.

[26]) Gewohnheit von Bayonne (1514) IV, 14 (B. d. R. 4 946): Acheteur de marchandises exposées venales publiquement au marché en jour de marché ou en temps de foires ne perd l'argent ou ce qu'il a mis et exposé ès choses achetées, posé qu'elles ne fussent du vendeur, ains eussent esté derobées, car le seigneur de la chose ou marchandise ou chose vendu, qui veut vendiquer ladite chose faut qu'il paye prealablement audit acheteur de bonne foy la somme ou autre chose qu'il en a baillé. IV, 16: Reservé l'action au seigneur vendicant contre le larron. In der Rechtslehre und Rechtsprechung des 16. bis 18. Jahrhunderts werden folgende Fälle des Lösungsanspruches hervorgehoben: a) Marktkauf: Urteile des Parlaments zu Toulouse vom 6. Juli 1594 (Brillon, Dict. 2 538, Stichwort larcin Bem. 33) und des Gerichtshofes von La Rochelle vom 19. Januar 1665 (Valin 3 239 Bem. 21 zu Art. 60 der Gew. von La Rochelle). Brodeau ‚Coustume de la prévosté de Paris (1669) Bem. zu Art. 176 der Gew. von Paris (2 429). Guy Coquille (siehe oben Anm. 24). Domat, Supplement au droit public Buch 3 Tit. VIII Art. 2 (Ausgabe von 1756 2 211). De Saint Vast, Comm. sur les cout. du Maine et d'Anjou (1778, 1779) 4 85 Bem. zu Art. 434, 435 der Gew. von Anjou-Maine. Poquet de Livonnière, Règles du droit françois Buch 4 c. 10 Art. 15. Brillon, Dict. 1 39, Stichwort achat, acheter Bem. 11. Denisart, Collection de décisions (6. Aufl. 1768 3 375), Stichwort Vol, Bem. 14 ff. Guyot, Rép. 3 380, Stichwort cheptel (unter Hinweis auf Beaumanoir § 739 — siehe oben § 4 Anm. 43 — und die Gewohnheit

Nach mancherlei Schwankungen setzte sich dies in Rechtslehre und Rechtsprechung des 18. Jahrhunderts geradezu als gemeines Recht fest; die Reihen der Gegner des Lösungsanspruches lichteten sich immer mehr.

Auch in unserem Zeitraum erklärt sich diese Sonderbehandlung des Marktkaufes daraus, daß er als typisches Kennzeichen des redlichen Erwerbes betrachtet wurde.[27])

2. Einige Rechtssprüche gewährten dem gutgläubigen Erwerber schlechthin den Anspruch auf Ersatz des Kaufschillings, ohne auf objektive Merkmale des redlichen Erwerbers abzuheben.[28])

---

von Toulouse Tit. de empt. et vend. Art. 3, siehe oben § 4 Anm. 43). b) Kauf bei einem Kaufmann, der mit derartigen Waren handelt. Denisart a. a. O. c) Kauf bei einer gerichtlichen Versteigerung. Brodeau a. a. O. Poquet de Livonnière a. a. O. De Saint Vast a. a. O. d) Kauf einer als gestohlen erkannten und unter dem wahren Wert angebotenen Sache unter Rechtsverwahrung (protestation) für den Eigentümer. Brillon a. a. O. Zu den Fällen c) und d) vgl. Wellspacher S. 687 und 690.

[27]) Guy Coquille (Werke 2 197) Erl. zu c. 21 Art. 16 der Gewohnheit von Nivernois: „. . . . l'acheteur en foire doit être reputé de bonne foy et semble par maniere de dire que la foy publique luy est garend et ne se peut dire de tel acheteur ce que l'empereur dit in l. in civilem et in l. civile C. de furt., où est dit, que celuy qui achète d'un passant, homme non conneu se rend suspect de mauvaise foy." Daneben sucht Coquille die Schlechterstellung des Eigentümers auch aus dessen Person zu rechtfertigen. An den Satz „Hand wahre Hand" klingt es an, wenn er für den Fall der Viehverstellung schreibt: „. . . . quant au chaptel le bailleur doit être soigneux de la fidelité du preneur et doit l'observer et veiller." Für den Fall aber, daß der Eigentümer die Fahrnis nicht freiwillig aus der Hand gegeben hat, sondern daß sie ihm gestohlen wurde, „il doit être soigneux de suivre les foires pour reconnoître son bêtail." Außerdem: „si le bêtail n'eût été vendu à cette foire le larron l'eût tiré plus loin et eût ôté au propriétaire le moyen de le vendiquer suivant la raison de la l. mulier ff. de cap. et postlim. revers. Ce qui se peut dire, sinon que l'acheteur en foire soit voisin du vendeur ou vray-semblablement suivit sa condition, facultez et moyens pour juger que le vendeur ne soit en facultez pour avoir du bêtail propre à luy. Car en ce cas l'acheteur ne pourroit se dire être de bonne foy." Schon die Etabl. de Saint Louis 2, 18 (Viollet 2 395) führen die beiden Kodexstellen l. 2 und l. 5 C. de furtis et de servo corrupto VI, 2 bei der Erörterung des Lösungsanspruches an. Vgl. auch Wellspacher S. 650 ff., 680 ff.

[28]) Urteile des Pariser Parlaments vom 9. Dezember 1648 (Brillon, Dict. 3 858, Stichwort vol Bem. 23; Denisart, Collection 3 375, Stichwort vol Bem. 15) und vom 11. Oktober 1670 (Brillon, Dict. 2 538, Stichwort larcin).

3. Einen Anspruch auf Ersatz des Pfandschillings gegenüber der Herausgabeklage des Eigentümers, wie er früher den jüdischen und lombardischen Händlern zugebilligt worden war,[29]) sprach das Pariser Parlament in einem Urteil vom 7. Februar 1636[30]) jedem redlichen Pfandnehmer zu; doch schon in einem Erkenntnis vom 5. März 1637 versagte es diesen Anspruch auf Ersatz des Pfandschillings in einem ähnlichen Falle. Weitere Entscheidungen über die Frage sind nicht bekannt.[31]) Die Königliche Verordnung vom 9. Dezember 1777 über die Errichtung eines öffentlichen Leihhauses in Paris bestimmte in Art. 9, daß die dort verpfändeten Fahrnisse, auch wenn es sich um gestohlenes Gut handele, dem Eigentümer nur gegen Ersatz des Pfandschillings ausgeliefert werden sollten.[32])

3. Abschnitt.

§ 10.

Die beschränkte Fahrnisverfolgung in der französischen Rechtslehre und Rechtsprechung des 18. Jahrhunderts.[1])

I. Wie in § 9 ausgeführt wurde, hatten sich auch nach der romanistischen Durchdringung der Länder des Gewohnheitsrechtes manche Schranken der Fahrnisverfolgung erhalten, aber sie waren doch nur Ausnahmen von dem herrschenden Grundsatz der uneingeschränkten Fahrnisklage. Erst im 18. Jahrhundert zieht der Gedanke der grundsätzlich beschränkten Fahrnisverfolgung in der französischen Rechtslehre und Rechtsprechung wieder weitere Kreise und er findet seinen sinnenfälligsten Ausdruck in dem knappen Satz „*En matière de meubles la possession vaut titre,*“ den Bourjon in seinem 1747 erschienenen Werk „Droit commun de la France et la coutume de Paris ré-

[29]) Vgl. oben § 4 Anm. 48.

[30]) Brillon, Dict. 2 278, Stichwort gage.

[31]) Vgl. hierzu van Bemmelen S. 335.

[32]) Tout effet qui sera revendiqué pour vol ou pour telle autre cause que ce soit, ne pourra être rendu au réclamant qu'après qu'il aura justifié qu'il lui appartient et qu'après qu'il aura acquitté en principal et droits la somme pour laquelle ledit effet aura été laissé en nantissement sauf le recours dudit réclamant contre celui qui l'aura déposé lequel en demeurera civilement responsable. Decrusy, Jourdan, Isambert, Recueil général des anciennes lois françaises 25 156. Guyot, Rép. 11 607.

[1]) Jobbé-Duval S. 221 ff. van Bemmelen S. 367 ff. Brissaud 2 1212 ff. Poincaré S. 83 ff.

duite en principes“ zum Brennpunkte seines Fahrnissachenrechtes erhoben hat.[2]) Nach Bourjon hat er die Tragweite, daß der Eigentümer nur entwerte, nicht auch anvertraute Fahrnisse in die dritte Hand verfolgen kann. Es ist das dieselbe Unterscheidung, die dem früheren, vom römischen Recht noch nicht berührten, koutumiären Recht zugrunde lag, und auch ihr Rechtsgrund ist der gleiche: Wie im alten Fahrnisrecht die Gewere als Erscheinungsform des dinglichen Rechtes dieses im Rechtsverkehr vertritt, so vertritt bei Bourjon der Besitz das Recht oder genauer den Rechtstitel. Ist diese Uebereinstimmung rein zufällig oder besteht zwischen den beiden Erscheinungen ein geschichtlicher Zusammenhang?

II. Bewußt sind jedenfalls weder Bourjon noch seine Zeitgenossen, die mit ihm für die beschränkte Fahrnisverfolgung eintraten, auf das Recht der Vergangenheit zurückgegangen. Sie haften durchaus an naturrechtlichen Vorstellungen und führen nur Vernunft- und Zweckmäßigkeitsgründe gegen den Grundsatz der unbeschränkten Fahrnisverfolgung ins Feld. Gleichwohl ist die aufgeworfene Frage nach dem geschichtlichen Zusammenhang zu bejahen. Unter dem Einflusse des Naturrechts fängt man an, die Rechtssätze und Rechtsgedanken nicht mehr bloß darnach zu werten, ob sie mit den römischen Quellen im Einklang stehen, sondern prüft, wieweit sie den Forderungen der Vernunft und der Zweckmäßigkeit entsprechen. Wenn die Naturrechtslehre auch manchen Gebilden des überlieferten germanischen Rechts den Todesstreich versetzte, so hat sie doch auf der anderen Seite viele unbrauchbar und unzeitgemäß gewordene Sätze des römischen Rechts aus dem geltenden Recht verdrängt, und durch andere aus dem heimischen Rechtsbewußtsein geschöpfte ersetzt.[3]) Auch auf dem

[2]) Aufl. von 1775 1 145 (Buch 2 Tit. 1. Kap. 6 Abschn. 1).

[3]) Gierke, Naturrecht und deutsches Recht (Breslauer Rektoratsrede, Frankfurt a. M. 1882) S. 14 ff. und 20 ff. Gierke, Die historische Rechtsschule und die Germanisten (Berlin 1904) S. 15. Ueber den Niedergang des Studiums des römischen Rechts in Frankreich im 17. Jahrhundert siehe Glasson 8 129 ff. Gleichzeitig wird das einheimische Gewohnheitsrecht zum Gegenstand einer regen wissenschaftlichen Bearbeitung gemacht; man sucht aus den zerstreuten Stadt- und Landrechten die gemeinsamen Grundsätze herauszuziehen und dadurch ein gemeines koutumiäres Recht zu entwickeln, während früher die Rechtslehre vorwiegend im römischen Recht das gemeine Recht Frankreichs gesehen hatte. Vgl. Guy Coquille (Ausg. 1703) 2 1 ff. und 3 125, 128, und Pothier, Prescription Bem. 204. Auch die Gerichte nehmen zum Teil

Gebiete des Fahrnisrechtes erwachen alte germanische Gedanken aus dem Scheintode und ringen erneut nach Form und Gestalt. Die wachsende Bedeutung des beweglichen Vermögens in der Neuzeit läßt die Mängel und Gefahren der unbeschränkten Fahrnisverfolgung immer stärker hervortreten; Handel und Wandel fühlen sich in ihrer Sicherheit bedroht. Um diesen Mißständen abzuhelfen, wird nicht nur der Schutz des Marktkäufers wieder mehr betont,[4]) sondern stellenweise feiert auch der Satz „Fahrhabe hat kein Geleit" *(mobilia non habent sequelam)* hinsichtlich der Eigentumsverfolgung seine Auferstehung. Im handelsgewaltigen Holland findet der Gedanke der beschränkten Fahrnisverfolgung unter den Rechtslehrern des 17. Jahrhunderts eifrige Anhänger; ihn verfechten namentlich Groenewegen[5]) (1613—1652), und mit gewissen Vorbehalten auch A. Matthaeus[6]) (1601—1654) und Voet[7]) (1647 bis

---

gegenüber dem römischen Recht eine freiere Stellung ein, sehr zum Leidwesen der eingefleischten Romanisten. Vgl. die abfällige Bemerkung von Cl. Henrys (Werke 6. Aufl. 1772 2 534) über die Rechtsprechung des Pariser Parlaments: Cet auguste sénat fait gloire de ne pas suivre les exemples de celui de Rome.

[4]) Siehe oben § 9 III 1.

[5]) Groenewegen, Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus (Leyden 1649) S. 53 Bem. zu § 16 Inst. 4, 1: .... si quis rem sibi creditam aut commodatam citra formam mandati vendat, aut quovis modo alienet, moribus hodiernis adversus eum, qui rem justo titulo et bona fide accepit, actionem non habet rei dominus: aut si res non alienata, sed tantummodo pignori data sit, rei suae vendicationem non habet, nisi pignus luat ....

[6]) A. Matthäus, Paroemiae belgarum jurisconsultis usitatissimae (1667; nachgelassenes Werk). Paroemia septima: „Meubelen en hebben geen gevolge, Mobilia non habent sequelam" (van Bemmelen S. 243 ff.): Nihil vulgatius est hac paroemia, vim tamen et effectum intelligunt pauci. Est autem Gallorum et Belgarum potissimum qui, ut commercia rerum mobilium essent faciliora, non temere adversus tertium possessorem vindicationem earum dari voluerunt; cum jure Romano tam mobilium quam immobilium adversus quemcumque possessorem datur. .... Vgl. auch A. Matthäus, De auctionibus Buch 1 c. 11 Nr. 70, 71 (van Bemmelen S. 242).

[7]) Voet, Comment. ad Pand. Bem. 12 zu D. 6, 1: .... cum nunc usu frequentata sit paroemia, secundum quam „mobilia non habent sequelam", quibusdam visum fuit, denegandam esse domino elocanti, commodanti, deponenti et similibus vindicationem rerum mobilium per depositarios, commodatarios, conductores similesque venditarum emtoribus in bona fide constitutis, nisi pretio reddito aut pignoris luitione facta. ..... Neque sententia illa omni destituta est aequitatis ratione, cum utique sit, quod facilitati suae dominus imputare debeat, quod tam maligno, cuius fidem

1714). Der Wellenschlag dieser Strömung greift nach Frankreich hinüber. Hier war der Boden schon teilweise vorbereitet, da, wie wir aus A. Fabers Codex Fabrianus und aus den Schriften von Terrien und Bérault über das Landrecht der Normandie ersehen, bereits im 16. und 17. Jahrhundert eine Reihe von Praktikern nur die Verfolgung entwerter Fahrnisse in die dritte Hand zuließen und dies mit dem Satz „Fahrhabe hat kein Geleit" rechtfertigten.[8]) Wenn Bourjon das Rechtssprichwort *meubles n'ont point de suite* gleichfalls im Sinne einer grundsätzlichen Beschränkung der Fahrnisverfolgung verwertet, erscheint er hiernach bloß als Ausläufer einer längeren Entwickelung.[9])[10])

necdum habebat exploratam rerum suarum usum, curam, custodiam aut detentionem commiserit; nec ignarus esse debuerit conditionis eius, quocum contrahebat . . .; neque pro damno reputare debeat, cui sua credulitate nimia ac temeritate primus ipse causam dedit, si forte ab illis, quibus rem suam mobilem commiserat, indemnitatem consequi non possit . . . . Quia tamen hoc a jure Romano divortium praecipue commerciorum favore sustentatur. Voet nimmt Bezug auf Anton Faber, David Mevius und Anton Matthäus.

[8]) Anton Faber (1557—1624), Codex Fabrianus 6, 27 def. 11 (S. 756). Vgl. oben § 2 Anm. 26. Wilhelm Terrien, Commentaires du droit civil tant public que privé observé au Pays et Duché de Normandie (1654) Buch 8 Kap. 1 (S. 258) bekämpft l'opinion de plusieurs praticiens qui disent que meuble n'a point de suite en Normandie, si on ne le suit comme chose emblee. Josias Bérault, Commentaire sur la coutume de Normandie de 1583 (17. Jahrh.) zu Art. 522 (van Bemmelen S. 331): . . . . nous pouvous poursuivre notre meuble dans trente ans non seulement comme chose emblée, mais aussi comme chose égarée. Qui est contre l'avis de quelquesuns qui disent pour prouver leur opinion: que meuble n'a point de suite en Normandie. Ce qui s'entend „par hypotheque quand il est hors de la puissance du debteur" . . . . mais je pourray bien par revendication qui a aussi bien lieu pour meuble que pour immeuble, poursuivre le meuble à moi appartenant, en quelque sorte que j'en aye esté désaisi, soit prest, dépost, perte ou autre moyen et le pourray vendiquer de celuy que j'en trouveray saisi, bien qu'il en soit possesseur à juste titre, voire l'eust-il acheté en plein marché sauf son recours de garantie contre son vendeur (Arrêt de juin 1527).

[9]) Bourjon selbst beruft sich zur Begründung des Rechtsgedankens immer wieder auf die Rechtsprechung des Pariser Châtelets, deren Wurzeln uns verborgen sind. Die beiläufig angeführten Schriften von Duplessis, Traités des exécutions 2 618 und Lapeyrère, Décisions sommaires du palais S. 331 No. 98 enthalten, wie van Bemmelen S. 382 und S. 393 nachweist, den Bourjonschen Rechtsgedanken nicht, sondern stehen nur

Neu ist an der Darstellung Bourjons nur, daß er den Grundsatz nicht bloß mit Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründen stützen, sondern ihn auch juristisch begründen, gewissermaßen in eine juristisch einwandfreiere Form gießen will. Als rechtstechnisches Mittel zur positiven Fassung des bisher nur negativ ausgedrückten Gedankens dient ihm die Beziehung zwischen Besitz und Eigentumstitel. Dadurch vermählt sich bei Bourjon der Satz *meubles n'ont point de suite* mit einer Gedankenreihe, die bisher ihre besonderen Wege gegangen war.

Als nach dem Eindringen des römischen Rechtes die possessio sich an die Stelle der Gewere gesetzt hatte, ging auf sie die der Gewere eigentümliche Schutzwirkung für das in ihr erscheinende dingliche Recht teilweise über; die enge Beziehung zwischen Besitz und Eigentum blieb bestehen.[11]) Die Kundmachungskraft der Gewere wirkte darin nach, daß der Besitz eine Vermutung für den Eigentumstitel[12]) und

---

in ganz entfernten Beziehungen zu seinen Ausführungen. Trotzdem kann kaum ein Zweifel darüber bestehen, daß von Bourjon eine Brücke zu den früheren Verfechtern derselben Lehre hinüberführt.

[10]) Als Beleg für den Einfluß der Naturrechtslehre auf das Wiedererwachen des Grundsatzes der beschränkten Fahrnisverfolgung vgl. auch Pillichody, Le droit naturel d'un père à son fils (Iferten 1769) 1 442, über die Verpfändung fremder Fahrnisse. Er unterscheidet unter bewußter Abweichung vom römischen Recht: Der Eigentümer kann eine ihm gestohlene Sache dem gutgläubigen Pfandgläubiger ersatzlos abfordern, dagegen die vom Vertrauensmann veruntreute nur gegen Ersatz des Pfandschillings, denn „le maître doit s'imputer sa confiance mal placée et s'en faire rendre raison par celui qui l'a trompé . . . ."

[11]) Siehe § 5 Anm. 9 sowie Gierke, DPR. 2 252; H. Meyer, Entwerung S. 292 f. Erst Savigny hat nachgewiesen, daß diese Lehre dem römischen Recht widerspricht. Vgl. auch Loysel, Institutes coutumières Buch 5 Tit. 4 Regel 1: Possession vaut moult en France encore qu'il y ait du droit de propriété entremêlé.

[12]) Vgl. Rebuff, Comm. in constit. seu ordin. regias (1555) 3 228: „. . . Insuper notandum est, quod si quis reperiatur in possessione et ignoretur ex qua causa possideat, censetur possidere ex contractu praecedente; ideo probando contractum et suam possessionem censetur illam ex tali titulo habuisse". S. 251: „Item nemo regulariter cogitur ostendere titulum suae possessionis. l. cogi C de peti. hered." Baritel-Molin, Institution au droit français (1692) 2, 9 (1 245): „Le possesseur n'est pas obligé de monstrer le titre de sa possession et quand on lui demande à quel titre il possede il lui suffit de dire: je possede parce que je possede . . . ." Einschränkend knüpft Chassenäus, Cons. duc. Burgundiae, Abschnitt de censibus XI § 2 Bem. 20, die Titelvermutung an Ersitzungsbesitz: „. . . Et advertendum est, quia ut videmus Bart. in d. l. cum de in rem verso dicit, quod

damit zugleich für das Eigentum erzeugte.[13]) Als Eigentumstitel wurden von der damaligen Rechtslehre die auf den Erwerb von Sachherrschaft abzielenden Forderungsrechte in das Sachenrecht einbezogen, indem man annahm, daß der rechtsgeschäftliche Erwerb eines dinglichen Rechtes nur durch das Zusammentreffen eines *titulus acquirendi* (z. B. Kauf, Tausch, Schenkung) und eines *modus acquirendi* (Uebergabe) zustande kommen könne.[14]) Diese Vermutung des Besitzes für das Eigentum war nach der Rechtslehre der Zeit vor Bourjon widerlegbar. Sie bewirkte daher keine sachenrechtliche Beschränkung, sondern lediglich eine verfahrensrechtliche Erschwerung der Eigentumsklage. Nicht der Besitz des Beklagten als solcher, sondern nur der Besitz auf Grund vollendeter Ersitzung entzog der Eigentumsklage die Grundlage. Aber der Besitz erleichterte die Stellung des Beklagten, weil sich an ihn die Vermutung des Rechtes knüpfte, so daß er sein Recht auf den Besitz weder mittels Urkunden noch mittels Zeugenbeweises[15]) darzutun brauchte, sondern zunächst den Gegenbeweis des Klägers abwarten konnte.

---

ex eisdem causis ex quibus inducitur praescriptio, ex illis inducitur praesumtio tituli . . . Si vero inducitur praescriptio in Burgundia nisi spatio 30 annorum per consuetudinem nostram, ergo etiam minori tempore non inducitur praesumptio tituli."

[13]) Domat, Les loix civiles dans leur ordre naturel, Buch 3 Tit. 7 Abschn. 1 Art. 13: „. . . la liaison naturelle de la possession à la propriété fait que les loix présument que'elles sont jointes en la personne du possesseur et jusqu'à ce qu'il soit prouvé qu'il n'est pas le maître elles veulent que par le simple effet de la possession il soit consideré comme s'il l'étoit . . .". Ebenso knüpft Sallé, L'ésprit des ordonnances de Louis XIV 1 195 zu Tit. XVIII der Kgl. VO. von 1667 an den Besitz „la présomption légale de propriété".

[14]) Gierke, DRP. 2 608 ff. De Ferriere, Dict. de droit et de pratique (Ausgabe von 1769) 2 677, Stichwort titre: „. . . Titre translatif de propriété est celui qui se fait à perpétuité et en vertu duquel la propriété de la chose est transférée quand la tradition en est faite par celui qui en est le propriétaire, comme la vente, la donation, l'échange et autres . . . le titre translatif de propriété ne produit son effet et ne la transfere qu'en conséquence de la tradition de la chose. Quia non pactibus sed traditionibus dominia rerum transferuntur." Guyot, Rép. 17 205, Stichwort titre.

[15]) Durch Tit. 20 Art. 2 der Kgl. VO. von 1667 über die Verbesserung der Rechtspflege (Bornier, Conférence des ordonnances de Louis XIV [1733] 1 124 ff.) war für alle Verträge über einen Wert von mehr als 100 Franken Urkundenbeweis unter Ausschluß des Zeugenbeweises vorgeschrieben. Die Praxis sträubte sich jedoch, diesen Grundsatz auch auf Fahrnisübereignungen anzuwenden.

Auch Pothier, der bedeutendste unter den französischen Rechtslehrern des 18. Jahrhunderts, denkt bei seiner engen Anlehnung an das römische Recht nicht daran, die Eigentumsverfolgung zu beschneiden. Er läßt die Eigentumsklage unbeschränkt an Fahrnissen und Liegenschaften zu[16]) und gewährt dem Fahrniseigner z. B. im Falle der Veräußerung der entliehenen oder verwahrten Sache durch den Entleiher oder Verwahrer die Eigentumsklage gegen den Drittbesitzer. Nach Pothier erlangt der Pfandnehmer ein Pfandrecht an der ihm verpfändeten Fahrnis nur, wenn sie dem Verpfänder gehörte oder mit Einwilligung des Eigentümers verpfändet wurde, anderenfalls kann der wahre Eigentümer sie dem Pfandnehmer abfordern; zur Begründung verweist Pothier ausdrücklich auf den Satz: *nemo potest plus iuris in alium transferre quam ipse haberet.*[17]) Pothier verneint sogar an einer Stelle den damals fast allgemein anerkannten Anspruch des Marktkäufers auf Ersatz des Kaufschillings.[18]) Dem beklagten Besitzer gewährt auch er bloß eine widerlegbare Eigentumsvermutung, die ohne weiteres entfällt, wenn die Sache dem Kläger gestohlen worden war.[19])

Bourjon behält für den Liegenschaftsbesitz die widerlegbare Eigentumsvermutung bei, verstärkt jedoch die dem Fahrnisbesitz entspringende Eigentumsvermutung, indem er jeden

---

Siehe Ledieu, De la règle en fait de meubles la possession vaut titre (Diss., Paris 1897) S. 24. Vgl. indes de Saint Vast, Comm. sur les Cout. du Maine et d'Anjou (1778/79), zu Art. 434, 435 der Gew. von Anjou-Maine (4 86).

[16]) Pothier, Propriété, Bem. 282 (Bugnet 9 200).

[17]) Pothier, Prêt à usage, Bem. 67 (Bugnet 5 29); Contrat de dépot Bem. 45 (a. a. O. 5 140); Contrat de nantissement, Bem. 27 (a. a. O. 5 400). Neben der rei vindicatio kennt er auch die actio Publiciana des titulierten Ersitzungsbesitzers: Propriété, Bem. 292 (a. a. O. 9 202).

[18]) Siehe oben § 9 Anm. 22.

[19]) Pothier, Coutume d'Orléans, Einleitung, Kap. 3 § 3 (Bugnet 1 40): „. . . le possesseur est presumé propriétaire de la chose jusqu'à ce que le vrai propriétaire ait pleinement justifié sa propriété . . .“ Daselbst Tit. 14 Nr. 4 (S. 331) bemerkt er bei Erörterung der Streitfrage, ob in Frankreich die dreijährige Fahrnisersitzung des römischen Rechts gelte oder beseitigt sei: „Il est rare qu'il y ait lieu à la question, le possesseur d'un meuble en étant parmi nous présumé le propriétaire, sans qu'il soit besoin d'avoir recours à la prescription . . .“ An anderer Stelle geht Pothier weniger weit, indem er von dem verklagten Besitzer Ersitzungsbesitz fordert und nur den Nachweis des Titels, auf den sich diese Ersitzung stützt, erleichtert: Prescription, Bem. 205. Siehe auch Donations entre mari et femme Bem. 67 (Bugnet 7 474).

Gegenbeweis hiergegen ausschließt, und betrachtet diese unwiderlegliche Vermutung als Grund und Wurzel des Satzes: *Meubles n'ónt point de suite.*

III. So wird bei Bourjon der Satz *„en matière de meubles la possession vaut titre de propriété"* zum Pfeiler, der sein ganzes Fahrnissachenrecht trägt. Bourjon hat diesen Satz nicht selbst geprägt. Vielmehr war die Wendung: *possession vaut titre* schon lange vorher dem Volksmund als sprichwörtliche Redensart geläufig:

Vgl. Loisel, Inst. coutum. 5, 3 Regel 17: *Possession centenaire et immémoriale vaut titre* und 2, 3 Regel 12: *Destination de père de famille vaut titre* (bei Grunddienstbarkeiten).

Landrecht der Normandie von 1583 Art. 507 (B. d. R. 4 86): *Prescription de 40 ans vaut titre.*

Me ****, Nouveau dictionnaire civil et canonique de droit et de pratique 2. Aufl. Paris 1707 S. 695 (Stichwort: Possession): *L'on dit souvent: la possession vaut titre.*

Aber Bourjon hat diesem Satze zur Berühmtheit in der Rechtslehre verholfen und seine Tragfähigkeit dargetan.

1. Der Satz begründet zunächst zugunsten des Fahrnisbesitzers eine Vermutung, daß die Sache sein Eigentum ist. Diese Vermutung ist im Gegensatz zu der Eigentumsvermutung, die sich an den Liegenschaftsbesitz knüpft, unwiderlegbar.[20])

2. Die Fahrnisverfolgung ist grundsätzlich ausgeschlossen.[21]) Hat beispielsweise der Eigentümer seine

[20]) Bourjon, Buch 6 Tit. 8 Kap. 3 Abschnitt 1 (2 692): „. . . chacun est présumé propriétaire des meubles qu'il possede". Buch 3 Tit. 2 Kap. 1 (1 458): „L'effet de l'achat du meuble est d'en faire passer la propriété dans la personne de l'acheteur; c'est son effet naturel . . . Pour la preuve de cet achat il n'est pas nécessaire de rapporter un titre, il suffit de posséder le meuble parce qu'en matière de meubles la possession vaut titre; il suffit donc de la possession pour la preuve de la translation de la propriété; l'ordre public l'a exigé ainsi indépendamment du laps de tems. Anders bei Liegenschaften: Buch 2 Tit. 2 Kap. 1 (1 187): . . . . Leur possession publique à titre de maître et non par voie de fait en fait présumer la légitime propriété; c'est un effet mais limité, que leur possession a de commun avec celle des meubles, mais qui se réduit a une présomption qui ne donne aucune atteinte à la vérité. Leur possession ne produit donc qu'une présomption et non une preuve de propriété pour l'établissement de laquelle il faut titre.

[21]) Bourjon, Buch 2 Tit. 1 Kap. 6 Abschn. 1 (1 145): De-là [d. h. aus dem Grundsatz en matière de meubles la possession vaut titre] il s'ensuit que dans la thèse générale les meubles ne sont sujets à suite.

Fahrnis einem anderen in Verwahrung gegeben und dieser sie einem Dritten verkauft, so kann der Eigentümer seine Sache dem Käufer nicht abfordern.[22]) Als bloße Einzelfolgerung aus dem allgemeinen Grundsatz „Fahrhabe hat kein Geleit" erscheint die Regel *„les meubles et effets mobiliers ne sont sujets à suite par hypothéque."*[23])

3. Bourjon verwirft die Fahrnisersitzung; sie ist überflüssig, weil schon der einfache Besitz den Fahrnisbesitzer genügend schützt.[24])

---

[22]) Bourjon, Buch 6 Tit. 8 Kap. 3 Abschn. 4 Bem. 18 (2 695): Si le dépositaire avoit vendu ce meuble, le propriétaire d'icelui ne peut le reclamer des mains de l'acheteur parce qu'en matière des meubles la possession valant titre la sûreté du commerce ne permet pas qu'on écoute une telle revendication; il faut donc en ce cas la rejetter: l'ordre et l'avantage publics l'exigent ainsi. Telle est la jurisprudence du Châtelet fondée sur l'art. 182, qui veut que le dépôt soit en nature, ce qui cesse, lorsqu'il y a vente d'icelui: ainsi cette jurisprudence a sa racine dans le texte de la coutume [Art. 182 sagt nur, daß die in Natur verwahrte Sache im Falle der Zahlungsunfähigkeit — déconfiture — des Verwahrers nicht zur Verteilungsmasse gezogen wird]. Das. Bem. 17: .... C'est au propriétaire à s'imputer à lui-même sa confiance. Wenn jedoch verwahrte oder verpfändete Fahrnisse bei dem Verwahrer oder Pfandnehmer gepfändet werden, kann der Eigentümer gegen den Vollstreckungsgläubiger vorgehen, „pourvu que le dépôt ou le nantissement se trouvent juridiquement constatés: autrement il n'y auroit lieu à cette revendication, la possession décideroit."

[23]) Bourjon, Buch 2 Tit. 1 Kap. 6 Abschn. 1 Bem. 3 (1 145). Grund: leur nature et la possession quant à eux décisive les affranchissent de ce droit . . . c'est disposition de la coutume.

[24]) Bourjon, Buch 3 Tit. 22 Kap. 5 Bem. 1 (1 1094): La prescription n'est d'aucune considération, elle ne peut être d'aucun usage quant aux meubles puisque par rapport à de tels biens la simple possession produit tout l'effet d'un titre parfait. . . . . Cependant Bretonnier en ses décisions alphabétiques pag. 24 dit, que le Parlement de Paris requiert pour les meubles la même prescription que pour les immeubles, ce qui ne paroit pas à moins qu'il n'y ait action personelle en restitution contre le possesseur même et la jurisprudence du Châtelet est contraire. En effet suivant la jurisprudence de ce tribunal la possession d'un meuble ne fût-elle que d'un jour vaut titre de propriété . . . . la jurisprudence contraire seroit préjudiciable au bien public, puisque personne par rapport aux meubles n'exige un titre qui soit tout ensemble justificatif et translatif de propriété, et sur ce chacun se confie et se contente de la possession; elle est donc suffisante: ainsi je me tiens à cette jurisprudence [des Pariser Châtelet] comme étant salutaire et conforme à l'ordre public et à la sûreté du commerce. Vgl. auch oben § 7 V. Für Liegen-

4. Daß der Besitzer, der die Sache vom Nichtberechtigten erworben hat, Eigentümer wird, sagt Bourjon nirgends ausdrücklich. Für die Bejahung spräche, daß Bourjon dem Besitz die Wirkungen eines vollkommenen Titels zuschreibt und die Wirkung des Fahrnisbesitzes der Wirkung der Liegenschaftsersitzung gleichstellt.[25]) Doch wird die Frage richtiger zu verneinen sein. Auch die Liegenschaftsersitzung hat im Grunde genommen bei Bourjon nur eine unwiderlegliche Vermutung für das Eigentum des Ersitzenden zur Folge.[26]) Wie im alten Gewohnheitsrecht[27]) besteht der Schutz des Fahrniserwerbers in dem Ausschluß der Klage des Berechtigten, nicht in einer Erleichterung des Eigentumserwerbes vom Nichtberechtigten. Wer vom Nichteigentümer erwirbt, erlangt zwar kein Eigentum, wohl aber Eigentumsstellung und Eigentumsschutz; kraft der bloßen Tatsache seines Besitzes kann er jede dingliche Klage des Berechtigten zurückschlagen, so als ob er selbst Eigentümer wäre.

5. Guter Glaube ist als Voraussetzung der Abwehrkraft des Besitzes an keiner Stelle genannt. Da Bourjon den guten Glauben bei der Liegenschaftsersitzung erwähnt und in seiner erschöpfenden Aufzählung der ausnahmsweise zulässigen dinglichen Herausgabeklagen die Fahrnisklage gegen den bösgläubigen Erwerber mit Stillschweigen übergeht, ist bei der Weitschweifigkeit seiner Darstellung der Umkehrschluß gerechtfertigt, daß er guten Glauben nicht verlangt.[28])

---

schaften dagegen gilt nicht die Regel possession vaut titre, sondern prescription vaut titre de propriété: Bourjon (1 1083) Buch 3 Tit. 22 Kap. 1 Abschn. 1 Bem. 1. (Vgl. auch oben Anm. 19.)

[25]) Anm. 24.

[26]) Bourjon, Buch 3 Tit. 22 Kap. 1 Abschn. 1 Bem. 6 (1 1084): .... cette prescription a pour base la présomption d'un droit légitime dans son origine, dont le temps a effacé ou fait perdre la preuve .... Aehnliche Anschauungen begegnen, durch den Doppelsinn des Wortes prescription (= Verjährung i. e. S. und Ersitzung) begünstigt, auch sonst bei zeitgenössischen Schriftstellern: Vgl. Pillichody, Droit naturel (1769) 1 170: Die Ersitzung ist keine Erwerbsart (manière d'acquérir), sondern „un moyen de défendre une acquisition légitime". J. B. D. und P. N. R. C., Pandectes françaises 1803 ff. 6 4 Bem. 2 zu Art. 712 des Code civil: Quant à la prescription elle n'est pas réellement et strictement une manière d'acquérir, mais une présomption, qui fait supposer le titre de propriété ....

[27]) Vgl. § 2 I. Anders die in § 9 Anm. 25 erwähnten Urteile.

[28]) Vgl. Poincaré S. 95; van Bemmelen S. 378 Anm. 1; Virgile,

6. Nur ausnahmsweise gewährt Bourjon an Fahrnissen ein Folgerecht. Er nennt vier Fälle, von denen er zwei (a und b) auf die Vernunft und zwei (c und d) auf Bestimmungen der Pariser Gewohnheit gründet.

a) Gestohlene Sachen kann der Entwerte jedem Inhaber abfordern.[29]) Von verlorenen Sachen spricht Bourjon nicht; dagegen versagt er an veruntreuten Fahrnissen ausdrücklich das Folgerecht.[30]) Eine Ausnahme von der Ausnahme läßt Bourjon für den Fall zu, daß die gestohlenen Fahrnisse in einer gerichtlichen Versteigerung oder bei einem Kaufmann, der mit solchen Waren handelt, gekauft wurden. Hier bleibt es bei der Regel; der Käufer braucht diese Fahrnisse nicht einmal gegen Ersatz des Kaufschillings herauszugeben.[31]) Einen Lösungsanspruch gewährt in der nach dem Tode Bourjons erschienenen neuen Auflage von 1775 ein Zusatz des Herausgebers im Falle des Marktkaufes[32]) sowie für den Fall, daß der Käufer wissentlich eine gestohlene Sache zu billigem Preis unter Rechtsverwahrung (protestation) für den Eigentümer erstanden hat, der sie sonst nicht wieder erlangt hätte.

b) Jede Fahrnis, die zur Zeit der Veräußerung schon be-

Du régime de la propriété mobilière (Diss.), Paris 1896, S. 181; a. A. Brissaud 2 1213.

[29]) Bourjon, Buch 2 Tit. 1 Kap. 6 Abschn. 1 Bem. 2 (1 145). Buch 3 Tit. 2 Kap. 1 Bem. 3 (1 458): Cependant le meuble volé peut être revendiqué et même des mains de l'acheteur de bonne foi, parce que le furte est un vice qui le suit par-tout; c'est une juste exception à la règle ci-dessus, le droit du spolié devant être conservé; mais pour cela il faut que le furte soit constaté par une plainte et une information et sans cela la possession décideroit de la propriété du meuble, le furte en ce cas, base de l'exception, se trouvant sans preuve. Telle est la base de la jurisprudence du Châtelet, sur laquelle la proposition a été formée et c'est droit commun. Buch 3 Tit. 22 Kap. 5 Bem. 2 (1 1094) . . . . tel est encore une fois la jurisprudence du Châtelet, où cette exception est adoptée sur le fondement de la loi des XII tables: rei furtivæ perpetua autoritas esto.

[30]) Siehe oben Anm. 22.

[31]) Bourjon, Buch 3 Tit. 2 Kap. 1 Bem. 4 und 5 (1 459): Kauf von einem Kaufmann. Grund dieser Ausnahme ist „la sûreté public". Der entwerte Eigentümer kann sich an den Dieb oder an den unvorsichtigen Kaufmann halten. Buch 6 Tit. 8 Kap, 3 Abschn. 4 Bem. 19 (2 695): Erwerb einer gestohlenen Fahrnis in gerichtlicher Versteigerung.

[32]) Bourjon, Buch 3 Tit. 2 Kap. 1 Bem. 6 Zusatz (1 459). Vgl. hierzu Brillon, Dict. 1 39 (oben § 9 Anm. 26).

schlagnahmt war, kann in die dritte Hand verfolgt werden.[33])

c) Der Vermieter hat an den vom Mieter eingebrachten Sachen ein Folgerecht, das jedoch bei Ausschlußvermeiden unverzüglich ausgeübt werden muß.[34])

d) Beim stundungslosen Kauf darf der Verkäufer die nicht bezahlten Kaufsachen auch in die Hand eines gutgläubigen Erwerbers verfolgen.[35])

7. Besitzklagen sind nur an Liegenschaften statthaft.[36])

IV. Bourjon bekräftigt seine Lehren immer wieder durch Hinweise auf die Rechtsprechung des Pariser Châtelets.[37]) Man hat gelegentlich behauptet, daß er die Ansichten dieses Gerichtes ungenau und entstellt wiedergegeben habe, und gegen ihn die Entscheidungssammlung von Denisart,[38]) der Procureur an diesem Gericht war, ins Feld geführt.[39]) Zuzugeben ist, daß eine nicht ganz klar gefaßte Stelle in diesem Werke den Anschein erregen kann, als ob das Châtelet dem Besitz nur eine widerlegbare Vermutung für das Eigentum verleihe.[40]) Doch

---

[33]) Bourjon, Buch 2 Tit. 1 Kap. 6 Abschn. 2 Bem. 8 (1 145).

[34]) Bourjon a. a. O. Bem. 9 und 10 (1 146). Vgl. Gewohnheit von Paris Art. 171.

[35]) Bourjon, Buch 2 Tit. 1 Kap. 6 Abschn. 2 Bem. 4 und 5 (1 145). Vgl. hierzu Art. 176 und 177 der Pariser Gewohnheit, sowie Egger, Vermögenshaftung und Hypothek nach fränkischem Recht S. 303; Franken S. 308; Brissaud 2 1450.

[36]) Bourjon, Buch 6 Tit. 4 Kap. 1 Abschn. 3 (2 510).

[37]) Ueber die hervorragende Stellung dieses Pariser Untergerichts vgl. Schäffner, Gesch. der Rechtsverf. Frankr. (2. Aufl. 1859) 2 424.

[38]) Denisart, Collection de décisions nouvelles et de notions rélatives à la jurisprudence actuelle. 6. Aufl. Paris 1768.

[39]) van Bemmelen S. 378.

[40]) Denisart a. a. O. 3 155, Stichwort Prescription Bem. 40: La coutume de Paris n'a point réglé et je n'en connois point qui fixe le tems pendant lequel il faut posséder des meubles pour en acquérir la propriété. Nous tenons au Châtelet pour maxime certaine, que celui qui est en possession de meubles, bijoux et argent comptant en est réputé propriétaire, s'il n'y a titre au contraire. Die Schlußworte scheinen, wenn man die in der folgenden Anmerkung angeführten Sätze damit zusammenhält, nicht auf die Zulässigkeit eines Gegenbeweises abzuzielen, sondern an den Fall zu denken, wo der Besitzer gegenüber dem Eigentümer kraft einer persönlichen Verbindlichkeit zur Herausgabe verpflichtet ist. Vgl. Poincaré S. 96, Otto Mayer, Dingliche Wirkung der Obligation S. 26 sowie Merlin, Recueil alphab. des questions de droit

spricht Denisart anderswo den Grundsatz *en fait de meubles la possession vaut titre* mit anderen Worten deutlich aus und er läßt keinen Zweifel darüber, daß nur gestohlene Sachen in die dritte Hand verfolgt werden können. Im Gegensatz zu Bourjon fordert er jedoch ausdrücklich gutgläubigen Besitz.[41])

V. In Bourjons Fußstapfen sind einige weitere Schriftsteller getreten.

So erklärt Valin in seiner Erläuterung der Gewohnheit von La Rochelle (1750) in den Bemerkungen zu Art. 60 *(Meuble étant en tierce main n'a point de suite par hypothéque)*, daß der Eigentümer nur entwerte, nicht auch anvertraute Fahrnisse in die dritte Hand verfolgen könne.[42])

(4. Aufl. 1828) 3 448, Stichwort Donation § VI Bem. II, der zum Satz „en fait de meubles possession vaut titre" bemerkt: „Ce principe était universellement reconnu même avant que l'art. 2279 du Code civil l'eut consacré" und einen in seiner Gegenwart ergangenen Rechtsspruch des Châtelets von 1777 anführt.

[41]) Denisart 3 266, Stichwort titre Bem. 6: En général la possession tient lieu de titre, lorsqu'elle remplit l'espace de temps fixé par les lois à cet effet. 2 205, Stichwort meubles: Celui qui posséde des meubles en est présumé le propriétaire, il ne lui faut pas d'autres titres que sa possession, S. 206: Cependant si les meubles avoient été loués par un tapissier ou autre marchand de meubles par un bail passé devant notaires sans fraude entièrement à la saisie de créanciers la possession n'induiroit pas alors une propriété au préjudice du tapissier qui seroit toujours reçu à réclamer sa chose en affirmant qu'elle lui appartient; tel est l'usage du Châtelet: il n'y a que le propriétaire de la maison, au privilége duquel ces sortes de baux de meubles ne peuvent préjudicier. 3 315, Stichwort Vente Bem. 5: Beim Verkauf einer dem Veräußerer nicht gehörigen Liegenschaft darf der Eigentümer den Erwerber entweren, der sich lediglich an seinen Verkäufer wegen Schadloshaltung wenden kann. Bem. 6. Anders beim Verkauf einer dem Veräußerer nicht gehörigen Fahrnis: . . . s'il s'agit de la vente d'une chose mobiliaire, celui qui l'auroit achetée de bonne foi pourroit la garder sauf le recours du propriétaire contre le vendeur, à moins qu'elle n'eût été dérobée.

[42]) Valin, Nouveau commentaire sur la coutume de La Rochelle et du Pays d'Aunis" (La Rochelle 1756) 3 240 Bem. 22 zu Art. 60 der Gew. von La Rochelle: Le dépositaire qui abuse du dépôt et en dispose, fait naturellement un vol à celui qui lui a confié le dépôt; cependant ce dernier n'a pas droit de suivre la chose dès qu'elle est hors de la possession du dépositaire; la raison est qu'il a entierement suivi la foi de ce dépositaire et que cette confiance ne peut pas nuire à un acheteur de bonne foi. Valin a. a. O. S. 239 Bem. 21 zu Art. 60: . . . celui à qui l'on a fait un vol . . . peut suivre sa chose et la revendiquer en quelque main qu'il la

Ebenso fußt de la Chenaye in seinen Ausführungen über Fahrnisse in der Encyclopédie méthodique (1786) auf Bourjon; nur drückt er den Rechtssatz „der Besitz vertritt das Recht“ mit einer geringfügigen Abweichung so aus: *En fait* [Bourjon: *en matière*] *de meubles la possession vaut titre.*[43])

Auf Bourjon nimmt auch Cottereau Bezug, doch scheint er Bourjon mißverstanden zu haben, wenn er auch die Verfolgung von verwahrten Fahrnissen gestattet,[44]) obwohl sonst auch bei ihm im übrigen die Herausgabeklage nur an gestohlenen Sachen zulässig ist.

4. Abschnitt.

Die Fahrnisverfolgung im französischen bürgerlichen Gesetzbuch.*)

§ 11.

1. Das Zwischenrecht und die Vorarbeiten zum Code Napoleon.[1])

Das 18. Jahrhundert hatte auch in Frankreich den „Hand wahre Hand“-Gedanken zu neuer Blüte und Entfaltung gebracht.

---

trouve, sans être obligé de rembourser le prix de l'achat pourvu que le vol soit prouvé par une information et que la chose n'ait pas été vendue judiciairement ou en foire et marché à cause de la foi publique qui l'emporte sur l'intérêt du particulier vrai propriétaire. Toutefois dans ce dernier cas le propriétaire de la chose volée peut la retirer des mains de celui qui l'a achetée en foire ou marché en lui remboursant le prix de l'achat.

[43]) Jurisprudence 6 25 (van Bemmelen S. 393): Celui qui possède des meubles, en est présumé le propriétaire; il ne lui faut d'autre titre que la possession, d'après cette maxime connue: en fait de meubles possession vaut titre. In dieser Fassung ist der Satz in den Code civil Art. 2279 übergegangen.

[44]) Cottereau, Le droit général de la France (van Bemmelen S. 394): Non seulement la chose déposée mais la chose volée peut être revendiquée. Bourjon observe que le dépôt doit être bien constaté et le vol juridiquement prouvé; autrement la possession déciderait. Par rapport aux effets mobiliers elle vaut titre. Vgl. oben Anm. 22.

*) Hier können nur die hervorstechendsten, im geschichtlichen Zusammenhang bedeutsamen Züge des geltenden Rechtes angedeutet werden. Wegen Einzelheiten sei insbes. auf die Einzeldarstellungen von Folleville, Poincaré, Renaud, Saleilles und auf die Werke von Zachariä-Crome, Laurent, Planiol und Baudry-Lacantinerie u. a. verwiesen.

[1]) Vgl. hierzu Barazetti, Einführung in das französische Zivilrecht, und das badische Landrecht S. 11 ff. Thézard, De l'influence des travaux

Allgemein durchgedrungen war der Grundsatz indes nicht, noch bestand eine starke romanistische Gegenströmung für unbeschränkte Fahrnisverfolgung fort und im Strudel der französischen Staatsumwälzung schien es eine Zeit lang, als ob sie noch einmal den Sieg davon tragen würde. Zwar wurde der Lösungsanspruch in den Fällen des Marktkaufes vom Zwischenrecht durch Gesetz vom 6. Oktober 1791[2]) übernommen. Dagegen stellte sich der von Cambacérès ausgearbeitete und 1793 dem Nationalkonvent vorgelegte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches auf den Boden der unbeschränkten Eigentumsklage; der Fahrnisbesitz sollte wie der Liegenschaftsbesitz bloß eine widerlegbare Vermutung für das Eigentum erzeugen und erst der Ablauf einer zweijährigen Ersitzungsfrist den Fahrnisbesitzer vor der Eigentumsklage schützen.[3])

Doch blieb dieser Entwurf liegen und erst im Jahre 1800 kamen die Arbeiten auf Vereinheitlichung des bürgerlichen Rechts wieder aufs neue in Fluß, indem ein viergliedriger Ausschuß (Portalis, Tronchet, Bigot de Préameneu und Maleville) mit der Schaffung eines bürgerlichen Gesetzbuches beauftragt wurde; aus dem Entwurfe dieser vier Männer ist der Code civil hervorgegangen. Das Fahrnisrecht des neuen Entwurfes entnahm seine leitenden Grundsätze und Gedanken dem Werke Bourjons und der Code civil verhalf dem Satze „Hand wahre Hand" zur Herrschaft über ganz Frankreich durch die Bestimmung des Art. 2279:

En fait de meubles la possession vaut titre.

Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol contre celui dans les mains duquel il la trouve, sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.[4])

---

de Pothier et du chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne RH. 12 5 ff. u. 229 ff.

[2]) Brissaud 2 1210.

[3]) Code de la Convention (abgedruckt bei Barazetti a. a. O. S. 313 ff.). Buch 2 Tit. 3 § 5 Art. 101: Tout possesseur est présumé jouir comme propriétaire, s'il n'y a preuve contraire. Art. 115: La possession des meubles et effets mobiliers tenu autrement qu'à titre universel et hors le cas du vol en opère la prescription par deux ans. Les actions et créances ne sont point comprises dans cette disposition.

[4]) Zur Begründung des Art. 2279 führte Bigot de Préameneu vor dem gesetzgebenden Körper u. a. aus (Fenet, Recueil complet des travaux

§ 12.

2. Sinn und Tragweite des Satzes: En fait de meubles la possession vaut titre (C. c. Art. 2279 Abs. 1).[1])

I. Die Entstehungsgeschichte des Art. 2279 C. c. beweist, daß das französische Gesetzbuch keineswegs, wie Huschke meint, die Fahrnisverfolgung mit „ächt revolutionärer Willkür“[2]) geregelt hat; vielmehr ist Art. 2279 einer der altertümlichsten Bestandteile, dessen Wurzeln in die Zeit des alten germanischen und koutumiären Rechts zurückreichen.[3]) Die Kenntnis des

---

préparatoires du code civil, Paris 1827, 1828, 15 600): . . . . . dans le droit français on n'a point admis à l'égard des meubles une action possessoire distincte de celle sur la propriété; on y a même regardé le seul fait de la possession comme un titre: on n'en a pas ordinairement d'autres pour les choses mobilières. Il est d'ailleurs le plus souvent impossible d'en constater l'identité et de les suivre dans leur circulation de main en main. Il faut éviter des procédures qui seraient sans nombre et qui le plus souvent excéderaient la valeur des objets de la contestation. Ces motifs ont dû faire maintenir la règle générale suivant laquelle en fait de meubles la possession vaut titre. Cependant ce titre n'est pas tel qu'en cas de vol ou de perte d'une chose mobilière celui auquel on l'aurait volée ou qui l'aurait perdue n'ait aucune action contre celui qui la possède. La durée de cette action a été fixée à trois ans: c'est le même temps qui avait été réglé à Rome par Justinien: c'est celui qui était le plus généralement exigé en France. In der Aussprache vor dem gesetzgebenden Körper bemerkte der Tribun Goupil-Préfeln (Fenet a. a. O. S. 609): Les meubles se transmettent par la seule tradition: ainsi en fait de meubles la possession vaut titre. Mais si le meuble a été perdu ou volé, le propriétaire pourra le revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui qui en est saisi sauf le recours de ce dernier sur celui duquel il le tient Ce délai est le même que celui que la législation actuelle établit pour prescrire les actions criminelles, correctionnelles ou de police, si pendant ce temps il n'a été fait aucune poursuite. Siehe auch Conference des observations des tribunaux d'appel sur le projet du code civil (Paris J. 9 u. 10) 3 654 u. 660 und 5 667 sowie Procès-verbaux du Conseil d'Etat contenant la discussion du projet de code civil (Paris Jahre 9—12) 4 280 u. 5 178.

[1]) Renaud S. 150 ff. O. Mayer, Die dingl. Wirkung der Obligation S. 1 ff. Crome, Allgem. Teil der modernen französ. Privatrechtslehre (1892) S. 214 ff. Zachariä-Crome 1 334 ff. v. Thur, Eigentumserwerb an Mobilien nach dem BGB. verglichen mit dem Rechte des Code civil, in Puchelts Zeitschr. 30 527 ff. Folleville S. 22 ff., S. 149 ff., Poincaré S. 107 ff. van Bemmelen S. 396 ff. Saleilles S. 67 ff.

[2]) Huschke, Das Recht der publizianischen Klage (1874) S. 122.

[3]) Ueber die germanische Wurzel des Satzes vgl. auch Warnkönig

Werdegangs dieses Rechtsgedankens erscheint mithin für die Auslegung des geltenden Rechtes unerläßlich; denn Rechtsgedanken sind nicht rein logische, sondern geschichtlich gewordene und sich wandelnde Gebilde.[4]) So leicht sich der Satz „*En fait de meubles la possession vaut titre*" mit seiner knappen, sprichwortartigen Fassung dem Gedächtnis einprägt, so schwierig gestaltet sich seine praktische Anwendung. Ein hoffnungsloses Unterfangen wäre es, alle die unzähligen Streitfragen, zu denen er Anlaß gibt, mit bloßer Wortauslegung und mit rein logischen Schlußfolgerungen entwirren zu wollen. Bei der überaus dürftigen und lückenhaften Regelung des Fahrnisrechts im Code civil ist deshalb die Rechtslehre und Rechtsprechung mehr als irgendwie sonst darauf angewiesen, die Geschichte zu Rate zu ziehen, um Bedeutung und Tragweite des Rechtssatzes aufzuhellen.

II. Die rechtsgeschichtliche Betrachtung stellt außer Zweifel, daß Art. 2279 die Fahrnisverfolgung nicht bloß durch Umkehrung der Beweislast verfahrensrechtlich erschweren, sondern im Sinne des germanischen „Hand wahre Hand"-Gedankens sachenrechtlich beschränken will;[5]) nur unfreiwillig abhandengekommene, nicht freiwillig aus der Hand gegebene und vom Vertrauensmann unterschlagene Fahrnisse können in die dritte Hand verfolgt werden. Abzulehnen ist daher von vornherein die in der französischen Rechtsprechung mehrfach vertretene Auffassung, daß Art. 2279 an den Fahrnisbesitz lediglich eine widerlegbare Vermutung des Eigentums knüpfe,[6]) und die von Toullier[7]) entwickelte Lehre, daß Art. 2279 die römische dreijährige Fahrnisersitzung unter Erleichterung des Nachweises des Titels übernommen habe. Ernstlich

---

2 332, Zöpfl, Ueber das germanische Element im Code Napoléon in der Zeitschr. für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft Bd. 5, Leipzig 1841, S. 129. Glasson 3 396. Saleilles S. 68.

[4]) Vgl. Gierke, DPR. 1 41.

[5]) Siehe § 10 III 1 und 2. Zutreffend Planiol 1 404. Die verschiedenen Ansichten über Rechtsnatur und Sinn des Grundsatzes En fait de meubles la possession vaut titre sind bei Folleville S. 22 und Poincaré a. a. O. S. 109 ff. eingehend dargestellt.

[6]) Entscheidungen des franz. Kassationshofes vom 8. März 1898 (Sirey 1902, 1, 525) und vom 30. Juni 1908 (Sirey 1908, 1, 444). Weitere Belege im Kommentar von Sirey, Erl. zu Art. 2279 unter § 1. Vgl. dazu Folleville S. 32 und Planiol 1 Bem. 1146.

[7]) Toullier, Droit civil français Bd. 14 Nr. 104 ff. Aehnlich schon Bigot de Préameneu (vgl. § 11 Anm. 4).

können nur die Ansichten in Betracht kommen, daß der Besitz eine unwiderlegliche Vermutung für das Eigentum begründe[8]) oder daß der (redliche) Besitzerwerb als solcher eine Eigentumserwerbsart sei, vergleichbar der Aneignung.[9])

Es fragt sich also: Verleiht der Besitz als solcher dem Fahrnisbesitzer formelles Eigentum oder bloße Eigentümerstellung ohne formelles Eigentum. Die letztere Auffassung scheint dem Code zugrunde zu liegen. Wie das ältere germanische und koutumiäre Recht betrachtet Art. 2279 den Grundsatz „Hand wahre Hand" mehr unter dem Gesichtspunkt einer bloßen Abschwächung des dinglichen Rechts des früheren Eigentümers als unter dem Gesichtspunkt einer Erleichterung des Eigentumserwerbes des neuen Besitzers (im letzteren Sinne Allgem. Deutsches HGB. und BGB.). Einmal findet sich Art. 2279 nicht unter den Erwerbsgründen des Eigentums, sondern unter den Hindernissen der Eigentumsverfolgung. Sodann führt sich Absatz 2 als Ausnahme von Absatz 1 ein; da Absatz 2 eine ausnahmsweise Fahrnisklage gewährt, muß also die Regel des Absatzes 1 den grundsätzlichen Ausschluß der Fahrnisverfolgung ausdrücken. Schließlich knüpft Art. 2279 den Schutz nicht an den Vorgang des [redlichen] Besitzerwerbes, sondern an den Zustand des Besitzes. Der Fahrnisbesitz verleiht mithin nicht Eigentum, wohl aber hat er die Kundmachungskraft und die Abwehrkraft der Gewere übernommen: der Besitz ist nur die äußere Erscheinungsform des dinglichen Rechtes. Besitz und Eigentum an be-

---

[8]) So die in der französischen Rechtslehre herrschende Ansicht, z. B. Folleville S. 35, Poincaré a. a. O., Aubry-Rau § 183 Bem. 1, Planiol 1 411. Ferron bei Sirey 1903, 1, 41 ff. Renaud S. 151. Zachariä-Crome 1 334.

[9]) D. h. der Besitzer ist kraft des Besitzes Eigentümer. Vgl. Laurent, Cours élementaire de droit civil 4 468 Bem. 710, van Bemmelen S. 407. Auch nach Saleilles a. a. O. S. 81 ff. ist der Besitzerwerb eine Eigentumserwerbsart, doch begründe Art. 2279 Abs. 1 in gewissen Fällen lediglich eine widerlegbare Eigentumsvermutung; diese Scheidung von Tatbeständen, in denen der Besitz Eigentumserwerb, und solchen, in denen er nur eine widerlegbare Eigentumsvermutung erzeugt, ist indes willkürlich und mit dem Wortlaut des Gesetzes, das keinen Unterschied macht, nicht vereinbar. Marcadé, Explication du Code Napoléon, Erl. 1 zu Art. 2279, sucht den Eigentumserwerb auf „sofortige Ersitzung" zu stützen (la prescription, au lieu de durer trente ans, dix ans ou trois ans, est instantanée); das ist ein innerer Widerspruch, da Ersitzung begrifflich Rechtserwerb durch Zeitablauf ist. Marcadés Ansicht wird geteilt von Baudry-Lacantinerie, Droit civil, 2. Aufl. 3 Bem. 1731.

weglichen Sachen können sich zweien, aber dann kann der Besitzer kraft der bloßen Tatsache seines Besitzes jede dingliche Klage[10]) des wahren Berechtigten so zurückschlagen, als ob er selbst der Eigentümer wäre. Der Besitz vertritt das dingliche Recht.[11])

Der Erfolg wird freilich meist der gleiche sein, wie wenn der Fahrnisbesitzer, der die Sache von einem Nichtberechtigten erwirbt, wirkliches Eigentum erlangt hätte. Der praktische Unterschied zeigt sich jedoch dann, wenn eine vom Verwahrer usw. veruntreute Fahrnis zufällig wieder in die Hand des alten Eigentümers zurückgelangt. Beispiel: A gibt vor Antritt einer größeren Reise sein Fahrrad dem Fahrradhändler B in Verwahrung. B veräußert es an den gutgläubigen C. Später überbringt C dem B das Rad zur Vornahme einer Ausbesserung. In dieser Zeit kehrt A von der Reise zurück und will das Rad bei B abholen; B händigt es ihm aus, ohne den Verkauf an C zu erwähnen. Kann C das Fahrrad dem A abfordern? Nach BGB. § 932 ist C Eigentümer des gutgläubig gekauften Rades geworden, er ist es auch geblieben, nachdem B das Rad an A zurückgegeben hat. A hat zwar das Rad gutgläubig als vermeintlicher Eigentümer zurückgenommen, aber dadurch nicht wieder Eigentum erworben, weil es an der hierzu erforderlichen „Einigung" fehlte; C hat mithin gegen A die Herausgabeklage aus § 985 BGB. Dagegen wäre A nach Art. 2279 C. c. gegen den Herausgabeanspruch des C schlechthin geschützt; C kann sich nur an B halten.[12])

---

[10]) Dagegen ist der Besitzer persönlichen Klagen auf Herausgabe an den schuldrechtlich Berechtigten ausgesetzt. Siehe unten § 13 II.

[11]) v. Tuhr a. a. O. S. 539 ff. Gierke, DPR. 2 566. Platenius S. 153. Siehe auch oben § 2 Anm. 10.

[12]) v. Tuhr a. a. O. Wenn man dagegen für das französische Recht den Fahrnisbesitz als Eigentumserwerbsgrund auffaßt, so muß die Entscheidung wie nach dem Rechte des BGB. ausfallen; so folgerichtig — wenn auch zweifelnd — Saleilles a. a. O. S. 179 ff. Bem. 62 und 63. Van Bemmelen S. 429, der gleichfalls den Besitz als Eigentumserwerbsgrund betrachtet, nimmt an, daß in dem geschilderten Falle das Eigentum des A wieder auflebe: „On peut et on doit considérer la propriété par la possession comme un effet fatal de cette possession, comme un obstacle à la vraie propriété qui s'acquiert par les vrais moyens d'acquisition. Après avoir disparu cet obstacle ne doit plus laisser des traces. La propriété qu'il a empêché de produire ses effets, doit les reproduire dès qu'il a cessé d'exister." Das ist natürlich ein Rückfall in die gegnerische Lehre. Aehnliche Widersprüche begegnen auch bei französischen Schriftstellern, ein Beweis, daß sie die notwendigen Folgerungen aus ihrer Be-

III. Der Fahrnisbesitz setzt im Code civil nur die Kundmachungs- und Abwehrkraft, nicht auch die Rechtsübertragungskraft der Gewere fort. Im Gegensatz zum römischen[13]) und zum älteren französischen[14]) Recht wird Fahrniseigentum durch formlosen Vertrag übertragen, ohne daß es einer Uebergabe bedarf.[15]) Doch waren die Keime dieser Entwickelung schon im früheren Recht vorhanden. Einmal büßten die Forderungsrechte auf Uebertragung von Sachherrschaft dadurch, daß sie als Titel für den Erwerb des dinglichen Rechtes betrachtet und in das Sachenrecht einbezogen wurden, ihre selbständige Bedeutung ein, wie auch umgekehrt das dingliche Geschäft durch seine enge Verbindung mit dem schuldrechtlichen Geschäft seine Selbständigkeit verlor.[16]) Sodann verflüchtigte sich der Uebergabegrundsatz durch die Zulassung der Besitzauftragung.[17]) Diese Besitzauftragung

---

handlung des Besitzerwerbes als Eigentumserwerbsart zum Teil nur widerstrebend ziehen.

[13]) L. 20 C 2, 3: Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

[14]) Vgl. den in zahlreichen Stadt- und Landrechten sich findenden Satz: „Donner et retenir ne vaut", sowie de Fontaines XVII, 18 (Marnier S. 175): Uns homs avoit achetez chevals, d'autres muebles et ses deniers paiez; mes ains que les choses li fussent baillées, il fut pris en Aubijois et longuement tenuz; cilz qui les choses avoit encores, les vendi a I autre et li bailla; et li secons achaterres les tint bien trois ans et plus; après li premiers achaterres oissi de prison; or demandes mon s'il raura les choses qu'il avoit achetées? Et certes nenil, ce dit la lois: car puisqu'il n'ot onques la seisine des choses sans quoi nus n'acquiert la seignorie, il n'iert mie restabliz à ce qu'il n'ot onques: ne l'en doit mie entendre qu'il ait perdu ce qu'il n'ot onques. Guyot, Rép. 2 341, Stichwort biens: Les meubles vendus, s'ils ne sont pas déplacés, peuvent encore être saisis par un créancier, parce qu'il est de maxime qu'en fait de mobilier la vente n'est parfaite que par une tradition réelle. Siehe auch Bourjon, Buch 6 Tit. 8 Kap. 3 Abschn. 1 Bem. 2 (2 692) und Pothier, Propriété, Bem. 245 (Bugnet 9 186).

[15]) C. c. Art. 711: La propriété des biens s'acquiert et se transmet ... par l'effet des obligations. Art. 1138: L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire. ... Dagegen ist zur Begründung eines Fahrnispfandes Uebergabe erforderlich: Art. 2119: „Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque" schließt die Bestellung von Fahrnishypotheken aus.

[16]) Gierke, DPR. 2 608 ff. Vgl. auch § 10 Anm. 14.

[17]) Siehe den Aufsatz von Kohler über den dinglichen Vertrag (Ges. Abh. aus dem gemeinen und französ. Zivilrecht S. 1 ff.) und Crome, Allgem. Teil der modernen franz. Privatrechtslehre (Mannheim 1892) S. 218 f.

wurde als sog. *traditio ficta* in ihrer Wirkung der körperlichen Uebergabe gleichgestellt.[18]) Schließlich hielt man es für ganz selbstverständlich, daß jeder Kaufvertrag im Zweifel eine stillschweigende Besitzauftragung in sich schließe. Der Code civil hat dann den Uebergabegrundsatz völlig abgestreift.[19]) Damit hat er indes dem Schuldverhältnis keine dingliche Wirkung verliehen.[20]) Vielmehr schließt der Schuldvertrag, der auf Uebertragung eines dinglichen Rechtes gerichtet ist, regelmäßig den dinglichen Vertrag gleichzeitig in sich ein, ähnlich wie nach BGB. bei der Forderungsabtretung Grundgeschäft und Verfügungsgeschäft in der Regel tatsächlich zusammenfallen; begrifflich sind beide Verträge aber wohl zu scheiden und sie können auch tatsächlich auseinanderfallen. Nicht selten ist es unmöglich, schuldrechtlichen und dinglichen Vertrag in einer und derselben Willenserklärung zu verbinden, z. B. wenn eine erst anzufertigende Sache oder eine Gattungssache verkauft wird.[21]) Auch können die Vertragsteile in den Fällen, in denen die Verbindung des schuldrechtlichen und des dinglichen Vertrages an sich möglich ist, anderes vereinbaren.[22]) Obwohl hiernach das Eigentum regelmäßig durch formlosen Vertrag zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber übertragen wird, erwirbt doch nach Art. 1141 im Falle der Doppelveräußerung der gutgläubige zweite Käufer, dem die Sache zuerst übergeben wird,

---

Vgl. Gewohnheit von Paris, Art. 275 (B. d. R. 3 49): Ce n'est donner et retenir, quand il y a clause de constitut ou précaire.

[18]) Siehe Guyot, Rép. 17 220, Stichwort tradition.

[19]) Gierke, DPR. 2 544. Kohler a. a. O. S. 11. Einen Anklang an die Lehre von der traditio ficta enthält noch C. c. Art. 938: La donation .... sera parfaite par le seul consentement .... sans qu'il soit besoin d'autre tradition.

[20]) Anderer Ansicht Otto Mayer, Die dingliche Wirkung der Obligation S. 41 ff. Andere von der im Texte vertretenen abweichende Auffassungen: 1. Renaud S. 213 ff. nimmt einen Widerspruch zwischen den Art. 2279 und 1138 an; er löst ihn dadurch, daß er den Art. 2279 als engere Vorschrift hinsichtlich der Fahrnisse der allgemeineren Bestimmung des Art. 1138 vorgehen läßt. Vgl. hierzu O. Mayer a. a. O. S. 10 ff. 2. Andere wie Toullier und Troplong lehren, der bloße Vertrag übertrage das Eigentum nur unter den Vertragsteilen, nicht aber mit Wirkung gegenüber Dritten, dazu bedürfe es vielmehr der Besitzübertragung. Vgl. dazu Kohler a. a. O. S. 14.

[21]) Im ersten Falle bedarf es zur Möglichkeit des Eigentumsüberganges der Anfertigung, im zweiten der Aussonderung der Sache. Crome a. a. O. S. 223. Kohler a. a. O. S. 31.

[22]) Crome a. a. O. S. 223.

Eigentum; ist jedoch der zweite Käufer bösgläubig, so kann der erste Käufer jenem, der an sich nach Art. 2279 geschützt wäre, die Sache abfordern.[23])

Gegen die Gefahren, welche die Uebereignungskraft des formlosen Veräußerungsvertrages mit sich bringt, sichert den Verkehr der Grundsatz des Art. 2279: Das dingliche Recht, das nicht durch Fahrnisbesitz offenkundig gemacht ist, dringt Dritten gegenüber nur ausnahmsweise durch.[24])

IV. Wie das frühere koutumiäre Recht, kennt auch der Code civil keine Fahrnisersitzung. So die herrschende Lehre.[25]) Daß die vereinzelte Auffassung des Satzes *en fait de meubles la possession vaut titre* als „sofortige Ersitzung"[26]) und des Art. 2279 Abs. 2 als römisch-rechtliche dreijährige Ersitzung (usucapio)[27]) nicht haltbar ist, wurde bereits oben dargetan. Das Fehlen der Fahrnisersitzung folgt aus dem Schweigen des Gesetzes, das in Art. 2265 bloß die Liegenschaftsersitzung regelt, und aus der ausdrücklichen Verwerfung der Fahrnisersitzung durch Bourjon,[28]) dem das Fahrnissachenrecht des Code entnommen ist. Angesichts der Schutzwirkung

---

[23]) In Art. 1141 wirkt noch die frühere Anschauung nach, daß Veräußerung ohne Uebergabe dem Erwerber zwar noch nicht das Eigentum, wohl aber ein Recht zur Sache (jus ad rem) verschaffe. Es ist dies ein Ausläufer der deutschrechtlichen Vorstellung, daß das persönliche Recht auf Uebertragung von Sachherrschaft schon eine auch Dritten gegenüber wirksame Beziehung zur Sache herstelle. Das Recht zur Sache ist noch kein dingliches Recht, sondern bloß ein persönliches Recht mit beschränkter dinglicher Wirkung. Wer in Unkenntnis des Rechts zur Sache ein widerstreitendes dingliches Recht erwirbt, ist geschützt; der bösgläubige Erwerber dagegen ist dem persönlich Berechtigten gegenüber verpflichtet, ihm die dem Recht zur Sache entsprechende dingliche Sachherrschaft zu übertragen. Gierke, DPR. 2 608 ff. Crome a. a. O. S. 221.

[24]) Crome a. a. O. S. 228. Doch erschöpft sich die Bedeutung des Art. 2279 nicht in der Aufgabe, den Verkehr gegen die Gefahren des Grundsatzes der Art. 711, 1138 zu schützen. Er kommt namentlich auch für die Fälle in Betracht, wo der Eigentümer seine Fahrnis einem Entleiher, Mieter usw. anvertraut und dieser sie veräußert oder wo zwar der Eigentümer selbst die Fahrnis veräußert hat, sein Recht aber nachträglich mit rückwirkender Kraft wieder entfällt (durch Eintritt einer auflösenden Bedingung Art. 1179, 1183 oder durch Auflösungsklage nach Art. 1184). Platenius S. 153.

[25]) Baudry-Lacantinerie 3 Bem. 1690. Zachariä-Crome 1 593. Gierke, DPR. 2 578.

[26]) Siehe oben Anm. 9.

[27]) Siehe oben II, sowie Anm. 7.

[28]) Siehe § 10 III 3.

des bloßen Besitzes *(en fait de meubles la possession vaut titre)* wäre eine Ersitzung beweglicher Sachen im geltenden Rechte von geringer praktischer Bedeutung. Freilich führt die negative Ausprägung des Hand wahre Hand-Gedankens infolge des Fehlens der Fahrnisersitzung zu gewissen theoretischen Unbequemlichkeiten. Wie soll beim Erwerb vom Nichtberechtigten der Zwiespalt zwischen formalem und materiellem Recht aus der Welt geschafft werden? Soll der wahre Eigentümer, welcher der Herausgabeklage beraubt ist, und sein Erbe dauernd das gehemmte, wirkungslose Eigentum als „nudum ius" behalten und der gutgläubige Erwerber vom Scheinberechtigten sowie seine Rechtsnachfolger sich mit bloßer Eigentümerstellung begnügen müssen?[29]) Im praktischen Rechtsleben ergeben sich hieraus keine Unzuträglichkeiten wegen der Vergänglichkeit der Fahrnisse und weil der Besitzer im Rechtsverkehr schlechthin wie ein Eigentümer auftreten kann. Immerhin geht anscheinend auch in Frankreich die Strömung dahin, den Rechtssatz des Art. 2279 Abs. 1 in zwei Bestandteile zu zerschlagen, in einen Eigentumserwerbstitel (entsprechend BGB. § 932) und eine widerlegbare Vermutung (entsprechend BGB. § 1006).[30])

---

[29]) Planiol, der den Satz „en fait de meubles la possession vaut titre" als unwiderlegliche Eigentumsvermutung ansieht (1 Bem. 1146), nimmt an, daß im Falle des Abs. 2 des Art. 2279 mit dem Erlöschen der Fahrnisklage das Eigentumsrecht auf den Besitzer übergehe. Obwohl er zugibt, daß „la prescription en matière mobilière se rapproche plutôt des prescriptions extinctives que de l'usucapion", hält er an der Bezeichnung „Fahrnisersitzung" fest, weil deren kennzeichnendste Wirkung, Eigentumserwerb, hier eintrete (1 Bem. 1395). Will man hier Eigentumserwerb annehmen, so wäre dies keine Ersitzung, vielmehr würde hier die zunächst unvollkommene Rechtsstellung des Besitzers nach Art der rechten Gewere zum unanfechtbaren Vollrecht erstarken (vgl. auch BGB. § 900 und § 973). Indes versagt dieser Ausweg bei anvertrauten Sachen, bei denen die Fahrnisklage überhaupt ausgeschlossen ist; eine unwiderlegliche Eigentumsvermutung, wie Planiol sie mit der herrschenden französischen Lehre annimmt, vermag in den Fällen, wo sie der wahren Sachlage widerspricht, kein Eigentum zu erzeugen. Auch nach BGB. kann übrigens unter Umständen sich die Rechtslage ergeben, daß der derzeitige Fahrnisbesitzer die Sache nicht ersessen hat, der Eigentümer aber die Sache nicht zurückfordern kann, z. B. wenn die 30jährige Verjährungsfrist abgelaufen ist, ohne daß die Eigentumsklage gegen den unredlichen Besitzer erhoben wurde. Gierke, DPR. 2 579. Siehe ferner die Ausführungen von Kohler zu Art. 714 des schweizerischen ZGB. in Rhein. Zeitschrift 5 39 ff.

[30]) So die — dem geltenden Recht vorauseilende — Ansicht von Saleilles (siehe oben Anm. 9).

§ 13.

3. Die Voraussetzungen des Art. 2279 Abs. 1 C. c. im besonderen.

I. Art. 2279 Abs. 1 C. c. knüpft die Schutzwirkung an den „Besitz" der beweglichen Sache. Die französische Rechtslehre und Rechtsprechung sucht den Besitzbegriff, der dieser Bestimmung zugrunde liegt, näher zu umschreiben und schränkt durch Aufstellung einer Reihe von Erfordernissen das Anwendungsgebiet des Satzes *„en fait de meubles la possession vaut titre"* ein. Sie nimmt hierbei ihren Ausgang von Art. 2229, der für die Liegenschaftsersitzung gewisse Eigenschaften des Besitzes vorschreibt.

II. Die herrschende französische Lehre[1]) verlangt insbes. in verschiedener Ausprägung juristischen Besitz, Eigenbesitz oder Besitz auf Grund Eigentumstitels und versagt grundsätzlich dem Fremdbesitz als sogenannter *possession précaire* den Schutz des Art. 2279 Abs. 1 C. c. Gelegentlich wird dies auch so ausgedrückt, daß Art. 2279 Abs. 1 nur für das Verhältnis des Besitzers zu Dritten, nicht für das Verhältnis zwischen dem Besitzer und seinem Besitzvorgänger, von dem er sein Besitzrecht ableite, gelte. Diese Auffassung widerspricht dem Ursprung und Zweck der Bestimmung. Der germanischen Gewere, deren Abwehrkraft auf den Fahrnisbesitz des Code civil übergegangen ist, war eine solche Beschränkung fremd und dem Rechtsgedanken des Art. 2279 entspricht es, die Schutzwirkung auch Fremdbesitzern wie dem Pfandgläubiger, Nießbraucher, Mieter, Entleiher usw. zugutekommen zu lassen.[2]) In der Tat haben die französischen Gerichte den Schutz des Art. 2279 Abs. 1 vielfach auch den dinglich berechtigten Fremdbesitzern, insbesondere dem Pfandgläubiger und Nießbraucher, die ihren Besitz von Nichteigentümer erlangt haben, gegenüber der Herausgabeklage des wahren Eigentümers zugebilligt.[3]) Nur darf sich der Fremdbesitzer gegen-

---

[1]) Laurent, Principes de droit civil 32 (1878) Bem. 544. Folleville S. 42. Baudry-Lacantinerie 3 Bem. 1733 und 1734. Planiol 1 Bem. 1121.

[2]) Zachariä-Crome 1 335 Anm. 2. Crome, Allgem. Teil der modernen französ. Privatrechtslehre S. 218 Anm. 5. Platenius S. 154.

[3]) Entscheidung des franz. Kassationshofes vom 23. Okt. 1905 (Sirey 1906, 1 40); Urteil des Appellhofes Douai vom 20. Juni 1892 und die Bem. dazu

über einer schuldrechtlichen Herausgabeklage — im Gegensatz zur sachenrechtlichen Fahrnisklage des Art. 2279 Abs. 2 — seines Rechtsgebers nicht auf den Satz „en fait de meubles la possession vaut titre“ berufen.[4]) Dieser schuldrechtliche Rückforderungsanspruch geht an sich nur gegen den durch den Leihe-, Mietvertrag usw. zur Rückgabe verpflichteten Schuldner; hat der Schuldner jedoch die Fahrnis weiter verliehen oder vermietet, so kann nach Art. 1166 C. c. der Rückforderungsberechtigte als Gläubiger den seinem Schuldner gegen den Dritten zustehenden Herausgabeanspruch auch selbst geltend machen.[5])

III. Es muß ein äußerlich erkennbarer, wirklicher, körperlicher Besitz vorliegen.[6]) Ein durch Besitzauftragung (Besitzkonstitut) erlangter mittelbarer Besitz im Sinne des § 868 BGB. genügt beispielsweise nicht.[7]) Ebensowenig ein zweideutiger Besitz *(possession équivoque)*, worunter man namentlich den einer unrechtmäßigen Zueignung entspringenden Besitz versteht. Ein Hauptfall des zweideutigen Besitzes ist folgender: Nach dem Tode des Erblassers vermissen die Erben Schmucksachen, Wertpapiere u. dgl., die der Verstorbene in seinem Besitz hatte. Nachträglich stellt sich

---

von Lyon-Caen bei Sirey 1892, 2 161, sowie Poincaré S. 143, Folleville S. 50 ff.

[4]) Zachariä-Crome 1 337. Platenius S. 153. Die französische Lehre empfindet diese Unterscheidung von schuldrechtlicher und sachenrechtlicher Klage als unfruchtbare Haarspalterei; sie folgert, weil der Mieter, Entleiher usw. einer persönlichen Klage auf Rückgabe der Sache unterliege, müsse auch die sachenrechtliche Klage aus Art. 2279 Abs. 2 gegen ihn statthaft sein. Vgl. Folleville S. 42 Anm. 1: „. . . . quelle utilité y aurait-il à imposer au revendiquant la nécessité d'abandonner son action réelle pour le contraindre à en former aussitôt une autre, différant à la vérité de la première quant à sa base et quant à sa nature, mais qui en définitive tendrait au même but, c'est à dire la restitution de la chose réclamée?“ Diese Verwischung des Gegensatzes von schuldrechtlicher und sachenrechtlicher Klage findet sich auch sonst, z. B. bei der Erörterung der Fragen, ob Art. 2279 Abs. 1 guten Glauben voraussetze und ob die dreijährige Frist des Art. 2279 Abs. 2 auch für die Klage gegen den Dieb gelte. Siehe auch Laurent a. a. O. Bem. 545 und Urteil des Pariser Kassationshofes vom 5. Dez. 1893 (Sirey 1896, 1 79).

[5]) Zachariä-Crome 1 338. Platenius S. 154.

[6]) Laurent a. a. O. Bem. 555—558 (der Besitzer muß die Sache „sous sa main“ haben). Baudry-Lacantinerie 3 Bem. 1738. Urteil des OLG. Köln in Puchelts Zeitschrift 25 655.

[7]) Platenius S. 153.

heraus, daß sich die fraglichen Fahrnisse in den Händen der Gattin, der Geliebten oder eines Dienstboten befinden, die mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft zusammenlebten; der Inhaber behauptet, die Sache von dem Erblasser persönlich als Handgeschenk erhalten zu haben. Die Rechtsprechung neigt dazu, hier einen zweideutigen Besitz anzunehmen, wenn das gesamte Verhalten des angeblichen Beschenkten verdächtig ist, z. B. er hat den Besitz zunächst trotz Nachfrage verheimlicht und erst nach der Entdeckung des Besitzes die Schenkung behauptet oder versucht, die Zinsscheine durch vorgeschobene Dritte einlösen zu lassen u. dgl. mehr.[8]) Der Besitz muß ferner ein ruhiger und friedlicher sein, d. h. er darf nicht durch Gewalt erlangt sein.[9])

IV. Die fast allgemeine französische Lehre und Rechtsprechung fordert weiterhin guten Glauben des Besitzers, bald im Zeitpunkt des Abschlusses des Kauf-, Tausch- usw. Vertrages, kraft dessen er die Sache erworben hat, bald im Zeitpunkt der Besitzerlangung.[10]) Der gute Glaube ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer im maßgebenden Zeitpunkt wußte, daß der Veräußerer nicht Eigentümer war und keine Befugnis hatte, für den Eigentümer zu verfügen;[11]) die nach diesem Zeitpunkt eintretende Kenntnis der wahren Rechtslage schadet nicht. Die in Deutschland herrschende Lehre und eine Minderheit unter den französischen Schriftstellern, lehnen das Erfordernis des guten Glaubens ab.[12]) Zuzugeben ist, daß seit dem Einströmen des römisch-kanonischen Rechtes in die Länder des Gewohn-

---

[8]) Zum Begriff des zweideutigen Besitzes vgl. die Entscheidungen des Kassationshofes vom 13. Mai 1889 (Sirey 1890, 1 12), 15. April 1890 (Sirey 1891, 1 342), 10. Mai 1892 (Sirey 1894, 1 79), 31. Januar 1900 (Sirey 1902, 1 33), 16. Januar 1901 (Sirey 1902, 1 85), sowie die Ausführungen von Naquet bei Sirey 1902, 1 33 und von Ferron bei Sirey 1903, 2 41. Vgl. auch Saleilles S. 244.

[9]) Baudry-Lacantinerie 3 Bem. 1733.

[10]) Urteile des Kassationshofes vom 6. Juli 1886 (Sirey 1887, 1 452) und vom 1. Februar 1893 (Sirey 1894, 1 86). Toullier 14 Bem. 1151. Demolombe 9 Bem. 622. Troplong 2 Bem. 1061. Folleville S. 37 ff. Baudry-Lacantinerie 3 Bem. 1735. Planiol 1 Bem. 1124. Saleilles S. 69. Vgl. auch oben Anm. 4.

[11]) Entscheidung des Kassationshofes vom 6. Juli 1886 (Sirey 1887, 1 452).

[12]) Reichsgericht Entsch. in ZS. 28 380 ff. Zachariä-Crome 1 335 Anm. 2. Platenius S. 154 f. Von französischen Schriftstellern insbes. Aubry-Rau und Poincaré.

heitsrechtes auch dort die Schutzwirkungen des Besitzes mehr und mehr nur dem auch subjektiv redlichen Besitzer zugesprocher wurden.[13]) Allein der Wortlaut des Art. 2279 C. c. erwähnt den guten Glauben nicht und auch Bourjon, bei dem die Verfasser des Gesetzbuches den Rechtssatz entlehnt haben, setzt ihn nicht voraus.[14]) Da Art. 2279 Abs. 1 die Schutzwirkung an den Besitz als Zustand und nicht an den Vorgang des Besitzerwerbes anknüpft,[15]) ist es nicht folgerichtig, wenn die gegnerische Ansicht guten Glauben nur im Zeitpunkt des Besitz- oder Rechtserwerbes verlangt. Nicht stichhaltig ist der Hinweis auf Art. 1141 C. c. Diese Bestimmung ist ganz unabhängig von Art. 2279 entstanden und beruht nicht auf dem „Hand wahre Hand"-Grundsatz, sondern auf dem Gedanken des Rechtes zur Sache;[16]) sie ist nicht ein Anwendungsfall des Art. 2279 Abs. 1, sondern eine Ausnahme.[17]) Damit ist nicht gesagt, daß der unredliche Erwerber oder Besitzer schlechthin im Besitze der Sache geschützt sein soll. Das widerspräche der Billigkeit. Der unredliche Besitzer unterliegt bloß nicht der sachenrechtlichen Klage des Art. 2279 Abs. 2, er wird aber in der Regel aus unrechter Tat (Art. 1382) haften und ist dann einem schuldrechtlichen Anspruch des geschädigten Berechtigten auf Herausgabe der Fahrnis ausgesetzt.[18])

V. Das Vorhandensein der für das Einrederecht aus Art. 2279 Abs. 1 erforderten Eigenschaften des Besitzes wird vermutet. Jeder Besitzer kann sich solange auf den Satz „en fait de meubles la possession vaut titre" berufen, bis der Gegner das Fehlen des einen oder anderen Erfordernisses nachweist.[19])

---

[13]) Siehe oben § 6 II.

[14]) Vgl. § 10 III 5.

[15]) Siehe § 12 II.

[16]) § 12 Anm. 23.

[17]) Vgl. Zachariä-Crome 1 340.

[18]) So, wenn der unredliche Erwerber Teilnehmer oder Gehilfe an einer Unterschlagung oder Hehler ist. Der praktische Erfolg wird hier in den meisten Fällen bei der Schadensersatzklage derselbe sein wie bei der von der gegnerischen Lehre gewährten Fahrnisklage. Doch tritt der Unterschied namentlich im Falle der Vergantung des bösgläubigen Besitzers zutage, wo der dingliche Anspruch Aussonderungskraft hat, die persönliche Schadensersatzforderung dagegen bloß eine gewöhnliche Konkursforderung ist. Poincaré S. 125.

[19]) Urteil des Kassationshofes vom 18. August 1884 (Sirey 1885, 1 374).

VI. Art. 2279 C. c. gilt nur für körperliche Einzelfahrnisse.

1. Er gilt nicht

a) für unkörperliche Gegenstände wie Forderungen, Renten und dgl. Zwar sind solche in Art. 529 ff. C. c. gleichfalls unter den beweglichen Sachen aufgeführt. Doch ist man darüber einig, daß dem Art. 2279 ein engerer Sachbegriff zugrunde liegt.[20]) In der Tat kann auch bei unkörperlichen Sachen von einer Kundmachungskraft des Fahrnisbesitzes keine Rede sein. Dagegen stehen in Inhaberpapieren verbriefte Rechte den körperlichen Fahrnissen gleich;[21]) doch hat das französische Gesetz vom 15. Juni 1872, das durch das Gesetz vom 8. Februar 1902 in Einzelheiten abgeändert wurde, für Inhaberschuldbriefe — ausgenommen Staatspapiere — Sonderbestimmungen getroffen;[22])

---

[20]) Renaud S. 159 ff. Folleville S. 118 f. Baudry-Lacantinerie 3 Bem. 1730. Planiol 1 Bem. 1137.

[21]) Wechsel stehen den Inhaberpapieren nicht gleich und unterliegen dem Art. 2279 nicht. Urteil des Kassationshofes vom 4. November 1902 (Sirey 1903 1 173).

[22]) Ueber dieses Gesetz siehe die eingehenden Ausführungen von Hausmeister in Rhein. Zeitschrift 5 467 ff. und 6 34 ff. Bei den Inhaberschuldbriefen gestaltet sich die Fahrnisverfolgung verschieden, je nachdem der derzeitige Inhaber die Schuldverschreibung erworben hat, bevor oder nachdem der entwerte Eigentümer „Widerspruch“ (opposition) beim „Syndicat des agents de change“ erhoben hat und dieser Widerspruch im „Bulletin officiel des oppositions“ bekannt gemacht worden ist. a) Beim Erwerb vor der Bekanntmachung des Widerspruches — genauer vor dem Eintreffen oder Eintreffenkönnen der betr. Nummer des Bulletin am Orte des Erwerbes — gelten die Art. 2279 und 2280 (Art. 14 des Ges. von 1872), d. h. der wahre Berechtigte kann die Schuldverschreibung dem derzeitigen Inhaber nur dann abfordern, wenn sie ihm entwendet worden oder verloren gegangen war, und nur innerhalb der dreijährigen Frist des Art. 2279 Abs. 2. Er muß dem Besitzer unter den Voraussetzungen des Art. 2280 (insbes. beim Erwerb an der Börse) den Kaufpreis erstatten. b) Hat der Besitzer die Inhaberpapiere dagegen erst nach dem genannten Zeitpunkt erworben, so kann der Eigentümer sie ihm schlechthin abfordern, gleichviel auf welche Weise die Schuldverschreibungen dem Eigentümer entzogen wurden, ob durch Diebstahl oder durch Unterschlagung des Verwahrers usw. In diesem Falle ist die Klage nicht auf 3 Jahre beschränkt, auch ist der Kläger nicht verpflichtet, dem Inhaber den Kaufpreis zu erstatten. Um den Zeitpunkt des Erwerbes genauer festzulegen, bestimmt Art. 13 Abs. 3 des Gesetzes in der Fassung des Gesetzes von 1902, daß die Begebung (négociation) des Papieres beim Verkauf durch Vermittelung eines Börsenmaklers in dem Augenblick als vollzogen gilt, wo der vermittelnde Makler die Nummer des Papieres in seine Bücher eingeschrieben hat. Ein nach diesem Zeitpunkt erhobener und bekanntgemachter Widerspruch vermag

b) für Sachgesamtheiten und Sondervermögen wie Erbschaften, Geschäftsvermögen.[23])

2. Ausnahmsweise sind nach französischer Lehre und Rechtsprechung körperliche Einzelfahrnisse von der Anwendung des Art. 2279 ausgeschlossen, nämlich

a) die im öffentlichen Eigentum des Staates oder der Gemeinden stehenden Sachen,[24])

b) die Seeschiffe, weil die rechtsgeschäftliche Veräußerung hier nicht formlos wie bei anderen beweglichen Sachen, sondern nach Art. 195 des Code de commerce schriftlich erfolge.[25])

§ 14.

4. Die Fahrnisklage des Art. 2279 Abs. 2 C. c.

I. Das französische Recht kennt keine Dreiheit von sachenrechtlichen Klagen für Fahrnisse wie das deutsche BGB. (Besitzklage §§ 861 ff., Eigentumsklage §§ 985 ff., Besitzrechtsklage § 1007), sondern wie das ältere germanische Recht nur eine einzige Fahrnisklage (Art. 2279 Abs. 2 C. c.).

Diese Klage ist keine Eigentumsklage. Klaggrund ist nicht Eigentumsverletzung, sondern unfreiwilliges Abhandenkommen der Sache durch Diebstahl oder Verlust.[1]) Entfremdung der

---

dem Widersprecher nicht mehr die unter b) geschilderte verstärkte Rechtsstellung zu verschaffen. Wenn jedoch die Bekanntmachung des Widerspruches in die Zeit zwischen der Einschreibung und der Aushändigung der Schuldverschreibung an den Käufer fällt, kann der Widersprecher nach dem Gesetz von 1902 die Schuldverschreibung dem Käufer noch gegen Ersatz des Kaufpreises abverlangen. Vgl. auch die Entscheidungen des Kassationshofes vom 25. März 1891 (Sirey 1891, 1 469), des Pariser Appellhofes vom 26. Juli 1895 (Sirey 1897, 2 305) und vom 3. Dezember 1902 (Sirey 1904, 2 289), des Appellhofes Douay vom 20. Juni 1892 (Sirey 1892, 2 161), sowie Laurent 32 Bem. 597 ff., Baudry-Lacantinerie 3 Bem. 1749 und 1750, Planiol 1 Bem. 1138, 1141 und 1142.

[23]) Siehe die in Anm. 20 angeführten Schriften. Ueber die Frage der Anwendbarkeit des Art. 2279 auf die Veräußerung von kaufmännischen Geschäften vgl. Albert Wahl bei Sirey 1905, 2 121.

[24]) Beispielsweise können Bücher und Handschriften der öffentlichen Staats- und Gemeindebüchereien jedem Besitzer ohne jegliche zeitliche Schranke abgefordert werden. Urteil des Kassationshofes vom 17. Juni 1896 (Sirey 1896, 1 408). Planiol 1 Bem. 1139.

[25]) Planiol a. a. O. Laurent 32 Bem. 573.

[1]) Nach der herrschenden französischen Lehre könnte sich die Klage auch noch auf einen zweiten Klaggrund stützen, nämlich auf früheren Besitz

Sache durch Untreue des Vertrauensmannes (Unterschlagung) steht den Fällen des Diebstahls und Verlustes nicht gleich; vielmehr ist der Erwerber hier durch Art. 2279 Abs. 1 geschützt.[2])

Die Klage ist aber auch keine Besitzklage im Sinne der römischen Besitzinterdikte; sie erstrebt nicht bloßen Besitzschutz, sondern sie will das bessere Besitzrecht durchsetzen. Gleich der Klage aus § 1007 BGB. und aus § 934 schweiz. ZGB. ist sie eine Besitzrechtsklage, eine Ausläuferin der germanischen Gewerebruchsklage.

Eine regelwidrige, einer kürzeren Klagfrist unterworfene Erstreckung der Fahrnisklage des Art. 2279 findet sich in Art. 2102; der Vermieter hat ein Folgerecht an den eingebrachten Fahrnissen des Mieters. Klagvoraussetzung ist hier nicht (früherer) Besitz des Vermieters — die eingebrachten Sachen stehen ja im Gewahrsam des Mieters —, sondern ein besitzähnliches Verhältnis.[3])

Neben der schlichten Klage ist auch heute noch eine Anefangsklage möglich, die mit der Beschlagnahme der Fahrnis beginnt (saisie-revendication);[4]) sie wird im Rechtsleben der Gegenwart nicht minder wie früher der schlichten Klage vorgezogen.[5])

---

des Klägers und bösgläubigen Erwerb des Beklagten. Ueber die Erweiterung des Klagrechts bei Inhaberpapieren siehe § 13 Anm. 22.

[2]) So die fast allgemeine Lehre. Siehe die Belege bei Zachariä-Crome 1 338 Anm. 9. Werden anvertraute Sachen beim Vertrauensmann gepfändet, so hat der Eigentümer gegen den Vollstreckungsgläubiger eine Widerspruchsklage (Code de proc. civ. Art. 608). Vgl. dazu Laurent 32 Bem. 554.

[3]) Vgl. Jäger in Puchelts Zeitschrift 26 553 ff. Folleville S. 170 ff. Baudry-Lacantinerie 3 Bem. 1099—1103. Die Frist beträgt bei eingebrachten Sachen des Grundstückspächters 40 Tage, bei eingebrachten Sachen des Hausmieters 15 Tage. Wegen der Regelwidrigkeit der Klage versteht sich auch die Anwendbarkeit des Art. 2280 auf das Verfolgungsrecht des Vermieters nicht von selbst. Sie wurde in Frankreich erst durch Gesetz vom 11. Juli 1892 ausdrücklich ausgesprochen, nachdem der Kassationshof sie mehrfach verneint hatte. Jäger a. a. O. S. 559 Anm. 8. Urteile des Kassationshofes vom 30. Oktober 1888 (Sirey 1889, 1 321) und vom 10. Juli 1889 (Sirey 1889, 1 424). Siehe auch § 10 III 6 c.

[4]) Code de procédure civile Art. 826—831. Vgl. hierzu auch Pothier, Traité de la procédure civile Bem. 521 (Bugnet 10 240): De la saisie-arrêt a fin de revendication. Le propriétaire de meubles, qui en a perdu la possession, doit, avant de les revendiquer, obtenir sur une requête une permission du juge de saisir et arrêter ces meubles, en quelques mains qu'ils soient.

[5]) Glasson 7 236 Anm. 3.

II. Die Streitteile.

1. Kläger ist der Bestohlene oder Verlierer, gleichviel ob Eigentümer oder Pfandgläubiger, Nießbraucher u. dergl.[6]) Er hat lediglich nachzuweisen, daß er den Besitz unfreiwillig verloren hat; Eigentumsnachweis ist nicht erforderlich.[7]) Ist die Sache beim Entleiher, Mieter usw. gestohlen worden, so kann außer dem Vertrauensmann auch der Eigentümer die Klage anstrengen (C. c. Art. 1166).

2. Beklagter ist der gegenwärtige Besitzer, mag dies selbst der Dieb oder Finder oder ein redlicher oder unredlicher Dritterwerber sein. Zu Unrecht beschränken manche französische Schriftsteller[8]) die Fahrnisklage des Art. 2279 Abs. 2 auf den Fall, daß der Besitzer gutgläubiger Dritterwerber ist, während sie dem Entwerten gegen den Dieb und unredlichen Besitzer bloß eine — der dreißigjährigen Verjährung des Art. 2262 unterliegende — schuldrechtliche Klage aus unrechter Tat zugestehen wollen. Der Wortlaut des Art. 2279 kennt eine solche Unterscheidung nicht. Sie widerspricht der Geschichte der Gewerebruchsklage und der Ansicht Bourjons, der die Fahrnisklage unterschiedslos gegen jeden Besitzer gewährt.[9])

Hat der Fahrnisbesitzer die Fahrnis weitergegeben oder verbraucht oder sonst vernichtet, so ist die Klage aus Art. 2279 ausgeschlossen und nur unter Umständen eine Schadensersatzklage aus unrechter Tat (Art. 1382) möglich.

III. Die Klage muß binnen drei Jahren nach dem Zeitpunkt des Diebstahles oder Verlustes erhoben werden. Diese Frist ist keine Verjährungsfrist,[10]) die ein bloßes Leistungsweigerungs-

---

[6]) Auch die französische Rechtsprechung, die grundsätzlich Eigenbesitz fordert, hat sich genötigt gesehen, dem Fremdbesitzer im Falle der Entwerung eine „revendication utile" zuzubilligen. Siehe Saleilles S. 196 Bem. 74.

[7]) Siehe oben Ziff. I, sowie Laurent 32 Bem. 584, Baudry-Lacantinerie 3 Bem. 1744.

[8]) Folleville S. 194. Laurent 32 Bem. 578. Vgl. auch Planiol 1 Bem. 1125, 1133, 1134 und 1136.

[9]) Vgl. § 10 Anm. 29.

[10]) Anderer Ansicht Baudry-Lacantinerie 3 Bem. 1746. Toullier erblickte in der Frist die römische dreijährige Ersitzungsfrist (siehe § 12 Anm. 7), ebenso Bigot de Préameneu (siehe § 11 Anm. 4); diese Ansicht scheitert schon daran, daß Art. 2279 Abs. 2 keinen Ersitzungsbesitz

recht gibt, sondern eine Ausschlußfrist, mit deren Ablauf das befristete Klagrecht erlischt.[11]) Sie beginnt mit dem Tage des Diebstahls oder Verlustes zu laufen, ohne daß es auf Kenntnis oder Kennenmüssen des Entwerten ankommt.[12])

IV. Die Verteidigung des verklagten Besitzers:

1. Der Beklagte kann, gestützt auf die Regel des Art. 2279 Abs. 1, zunächst den Nachweis des Klägers abwarten, daß ausnahmsweise die Fahrnisklage statthaft sei, m. a. W., daß der Kläger die Sache nicht freiwillig aus der Hand gegeben habe.

2. Statt den Klaggrund zu leugnen, kann der Beklagte auch die Klagtatsachen zugeben, den Klaganspruch selbst aber durch Vorschützen von Einwendungen und Einreden abwehren. So stehen dem Beklagten offen:

a) der Einwand, daß das Klagrecht durch Ablauf der Ausschlußfrist erloschen sei,

b) die Einrede, daß der Bekl. innerhalb der drei letzten Jahre und früher als der Kläger die Sache selbst besessen und unfreiwillig verloren habe. Diese Verteidigung muß statthaft sein; denn es könnte ja der Bekl. sonst gemäß Art. 2279 Abs. 2 dem jetzigen Kläger sofort mit neuer Klage die Sache wieder abfordern,[13])

c) die Einrede eines dinglichen oder persönlichen Rechtes zum Besitze der Sache, wogegen dem Kläger die Gegeneinrede

---

des Bekl. oder seines Rechtsvorgängers fordert. Die Klage ist mit dem Ablauf der drei Jahre auch dann ausgeschlossen, wenn der ursprünglich erworbene Besitz des derzeitigen Inhabers auch nur einen einzigen Tag gedauert hat.

[11]) So die herrschende Ansicht, z. B. Folleville S. 239 ff. Nach BGB. § 195 „verjährt" die Eigentumsklage in 30 Jahren; sie entfällt schon vorher, wenn das Eigentumsrecht des Entwerten infolge Ersitzung der Sache durch einen Dritten erlischt.

[12]) Das Klagrecht aus Art. 2279 Abs. 2 erlischt auch gegenüber dem Dieb und dem bösgläubigen Erwerber in 3 Jahren. Die abweichende Ansicht mancher französischer Schriftsteller — z. B. Planiol a. a. O. —, wonach in diesem Falle die Klage der dreißigjährigen Verjährungsfrist des Art. 2262 unterliegt, beruht auf einer Vermengung der sachenrechtlichen Klage aus Art. 2279 und der schuldrechtlichen Klage aus unrechter Tat (Art. 1382). Vgl. § 13 Anm. 4.

[13]) Vgl. Staudinger-Kober (7./8. Aufl.) Bem. IV a 1 zu § 1007 BGB., sowie l. 8 D. 44, 4: Dolo facit, qui petit quod redditurus sit.

des besseren Besitzrechtes gegeben sein muß.[14]) Die Zulässigkeit dieser Einrede folgt aus der Natur der Klage als Besitzrechtsklage, deren Ziel, wie erwähnt, die Durchsetzung des besseren Besitzrechtes ist. So ist es möglich, daß das auf der Grundlage des unfreiwilligen Besitzverlustes begonnene Verfahren sich zu einem reinen Streit um das Besitzrecht auswächst, wenn der Beklagte die Besitzrechtsfrage aufrollt.

d) Eine aufschiebende Einrede verleiht Art. 2280 dem Beklagten in Gestalt des Anspruchs auf Ersatz des Kaufschillings. Voraussetzung dieses Anspruches ist, daß der Besitzer die entwerte Fahrnis in öffentlicher Versteigerung, auf dem Markte oder von einem mit solchen Waren handelnden Kaufmann erworben hat.[15]) Der satzungsmäßige Anspruch der staatlich genehmigten Leihhäuser, vom Eigentümer verfolgte Pfandsachen nur gegen Ersatz des Pfandschillings herauszugeben, fußt auf Art. 2084.[16]) Ueber die Erstattung von Verwendungen bestimmt das Gesetz nichts, doch wird man dem Bekl. den Anspruch auf Ersatz des notwendigen Aufwandes sowie der nützlichen Verwendungen (letzterer bis zum Betrag der Bereicherung) unter sinngemäßer Anwendung der bei der Regelung anderer Rechtsverhältnisse getroffenen Vorschriften über Ersatz von Verwendungen[17]) zubilligen müssen. Ob aber dieser Erstattungsanspruch entsprechend dem Gegenanspruch aus Art. 2280 gegenüber der Herausgabeklage aus Art. 2279 Abs. 2 ein Zurück-

---

[14]) Siehe die Beispiele bei Staudinger-Kober Bem. IV B 1 b und IV A 1 a zu § 1007 BGB.: a) Der Pfandgläubiger verliert die ihm verpfändete Fahrnis; der Eigentümer findet sie und nimmt sie gutgläubig an sich. Die Klage des Pfandgläubigers dringt durch. b) Der Eigentümer hält der Besitzrechtsklage des Pfandgläubigers die Einrede des Eigentums entgegen und weist nach, daß das Pfandrecht des früheren Pfandgläubigers erloschen ist. Die Klage scheitert.

[15]) Erforderlich ist, daß der Beklagte oder sein Erblasser die strittige Fahrnis selbst auf dem Markte gekauft hat. Ist die Sache durch mehrere Hände gegangen, so kommt der in der Person eines Vormannes begründete Erstattungsanspruch nicht auch dem verklagten Nachmann zugute. A. A. Folleville S. 280. Soweit Art. 2280 nicht Platz greift, der Bekl. also die Sache ersatzlos herausgeben muß, bleibt ihm nur die Möglichkeit des Rückgriffs auf seinen Vormann. (Art. 2279 Abs. 2).

[16]) Siehe hierzu Folleville S. 259 ff.

[17]) Vgl. C. c. Art. 555, 861, 862, 2175 und Zachariä-Crome 1 611 ff., Planiol 1 Bem. 398, Laurent 6 Bem. 176 ff.

behaltungsrecht gibt, ist sehr zweifelhaft, da der Code civil im Gegensatz zum BGB. § 273 kein Zurückbehaltungsrecht allgemeiner Art kennt, sondern nur einzelne Fälle erwähnt;[18]) es erscheint jedoch billig, dem Beklagten zu gestatten, den Ersatzanspruch einredeweise geltend zu machen.

---

[18]) Zachariä-Crome 1 613. Seng, Grundzüge des franz. Zivilrechts (1904) S. 38. Baudry-Lacantinerie 3 Bem. 1053—1057. Laurent 6 Bem. 181. Demolombe, Cours de Code civil 5 (Brüssel 1854) Bem. 682.